

Sonderdruck

ARSP

Vol. 1967 LIII/4

Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie

Herausgegeben im Auftrage der

Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie (IVR)

Archives de Philosophie du Droit et de Philosophie Sociale

Editées par autorisation de la

Association Internationale de Philosophie du Droit et de Philosophie Sociale

Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy

Edited by authorization of the

International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy

Gegründet 1907 von Josef Kohler und Fritz Berolzheimer



Franz Steiner Verlag GmbH · Wiesbaden/Germany

Die Philosophie der Gesetzesidee und ihre Bedeutung für die Rechts- und Sozialphilosophie

VON HERMAN DOOYEWEERD, AMSTERDAM

*Fortsetzung und Schluß**

II.

§ 1 *Die modale Struktur der juristischen Erfahrungsweise und das Problem eines transzendentalen Rechtsbegriffs.*

Die transzendente Kritik der theoretischen Denk- und Erfahrungshaltung in dem im I. Teil dieser Abhandlung erörterten Sinne wird in der Philosophie der Gesetzesidee jeder weiteren philosophischen Besinnung, folglich auch der Rechts- und Sozialphilosophie, als kritische Grundlegung vorausgeschickt. Sie ist, wie man bemerkt haben wird, nicht Erkenntnistheorie, da auch diese, gerade in ihrem theoretischen Charakter, zum Problem gemacht wird und ihre transzendentalen Bedingungen untersucht werden. Die dreifache transzendente Grundidee oder „Gesetzesidee“ des philosophischen Denkens, welche in ihrer inneren Abhängigkeit von dem religiösen Grundmotiv von ihr ans Licht gebracht wurde, bestimmt schließlich auch die Weise, in der die Rechtsphilosophie das erkenntnistheoretische Problem des Rechtsbegriffs faßt und zu lösen versucht.

Nach der Philosophie der Gesetzesidee handelt es sich hier um die Frage, wie wir zu einer theoretischen Analyse und Synthese von den modalen Strukturmomenten der juristischen Erfahrungsweise gelangen können, unter Beibehaltung von deren Stelle und Sinnzusammenhang innerhalb des unreduzierbaren Strukturorganen dieser letzteren.

Daß es eine juristische Erfahrungsweise im transzendentalen Sinne gibt, läßt sich meiner Meinung nach nicht leugnen, ohne die eigentliche Art des erkenntnistheoretischen Problems bezüglich des Rechtsbegriffs zu verkennen. Sie kann aber keinesfalls durch besondere transzendentallogische Kategorien konstituiert sein, wie RUDOLF STAMMLER in sei-

* Der I. Teil dieser Abhandlung („Einführung“) befindet sich auf Seite 1 ff. des vorliegenden ARSP-Bandes.

nem verfehlten Anschluß an KANTS *Kritik der reinen Vernunft* gemeint hat¹.

Die juristische Erfahrungsweise ist nicht selber logischer Art, obschon sie zweifelsohne mit der logischen Denk- und Erfahrungsweise in intermodalem Sinnzusammenhang steht, was sich in logischen Analogien innerhalb dieses Erfahrungsaspektes kundgibt. Das kantische Form-Materieschema, das STAMMLER auch auf die Rechtserfahrung anzuwenden versucht hat, ist, wie ich im ersten Bande meines Werkes *A New Critique of Theoretical Thought* gezeigt habe, nur der philosophische Ausdruck des Humanistischen Grundmotivs von Natur und Freiheit geworden, nachdem KANT das griechische Form-Materiemotiv in diesem Sinne umgedeutet hatte. Es beherrscht in endgültiger Weise die ganze Problematik in KANTS kritischer Transzendentalphilosophie, die jedenfalls insofern kritisch zu heißen verdient, als sie sich, ungeachtet ihres theoretischen Dogmatismus in der Erkenntniskritik, des unüberbrückbaren inneren Dualismus in ihrem religiösen Grundmotiv bewußt war, und nicht, wie der nachkantische Idealismus, diesen Dualismus mittels einer dialektisch-logischen Denkweise aufzuheben versuchte. Das kritisch-idealistische Form-Materieschema läßt sich aber keineswegs mit dem biblischen Grundmotiv der Philosophie der Gesetzesidee in Einklang bringen und wird folglich von letzterer abgelehnt. Es zerstört die Einsicht in den integralen Sinnzusammenhang unseres transzendentalzeitlichen Erfahrungshorizonts sowohl in bezug auf dessen modale Aspekte als auch in bezug auf die Individualitätsstrukturen.

Es soll ferner einleuchten, daß die noch immer geläufige, tatsächlich auch von STAMMLER befolgte, Methode den Rechtsbegriff „per genus proximum et differentiam specificam“ zu definieren, notwendig fehlschlagen muß. Wenn es sich hier um die begriffliche Bestimmung einer transzendentalen Erfahrungsweise handelt, so gibt es keinen Gattungsbegriff, unter dem der modale juristische Aspekt als Spezies subsumiert werden könnte. Eine transzendente Erfahrungsweise ist auch in logischer Hinsicht unreduzierbar.

Freilich benötigt eine transzendente Begriffsbestimmung des juridi-

¹ G. GURVITCH, der in seiner *Sociology of Law* (p. 40) auch die verschiedenen transzendentalen Rechtsdefinitionen zu den willkürlichen und dogmatischen Versuchen rechnet, welche unter Verkenning des komplizierten Charakters der juristischen Erfahrung ein einziges ihrer Elemente auf Kosten aller anderen isoliert, hat offensichtlich nur die transzendentallogizistischen Rechtsdefinitionen im Auge.

sehen Aspekts einen Vergleichsnenner, auf den alle modalen Aspekte gebracht werden können, damit wir das Gemeinsame in ihrer modalen Struktur kennenlernen. Wenn sie nichts miteinander gemein hätten, würden sie auch begrifflich nicht voneinander unterschieden werden können. Aber dieser transzendente Vergleichsnenner kann nicht eine besondere logische Kategorie sein, wie STAMMLER diese, in völlig unkantischem Sinne, im Wollen als vermeintlicher logischer Ordnungsweise der „Begehrensmaterie“ nach der Relation von Zweck und Mittel, gefunden zu haben glaubte, im Gegensatz zur Kausalitätskategorie als logischer Ordnungsweise unserer äußeren sinnlichen Empfindungen in Raum und Zeit. Ebensowenig ist er, wie Kelsen annahm, in einer vermeintlichen transzendental-logischen Kategorie des „Sollens“, im Gegensatz zu der des kausal bestimmten „Seins“ zu finden. Noch weniger kann hier eine verabsolutierte besondere intermodale theoretische Synthesis, wie z. B. eine sensitivistisch-psychologistische oder historistische, in Betracht kommen. Der gesuchte transzendente Vergleichsnenner soll einen integralen, alle modalen Erfahrungsaspekte ohne Unterschied umfassenden Charakter haben und zugleich deren gegenseitige Unreduzierbarkeit und deren unlöslichen gegenseitigen Sinnzusammenhang verbürgen. Diesen Erfordernissen genügt unserer Meinung nach nur die transzendente Zeitordnung der modalen Aspekte, welche sich innerhalb der modalen Struktur jeden Aspekts gleichermaßen ausdrückt. Die Wahl dieser transzendentalen Ordnung der Aspekte als Vergleichsnenner impliziert, wie leicht einzusehen ist, eine ganz neue Methode zur Bildung des Rechtsbegriffs.

Der Rechtsbegriff soll ein transzendentaler *Struktur*begriff der juristischen Erfahrungsweise sein. Hier zeigt sich die Bedeutung unserer früheren Unterscheidung zwischen dem modalen Sinnkern und den durch ihn qualifizierten analogischen Strukturmomenten. Eine modale Aspektstruktur ist nicht begrifflich zu fassen mittels einer willkürlichen Auslese einiger ihrer analogischen Momente, die ja, gelöst von dem Sinnkern, alle mehrdeutig sind. Sie ist ein unverbrüchliches Ganzes, in dem alle analogischen Sinnmomente nach der transzendentalen Zeitordnung der Aspekte, auf welche sie hinweisen, geordnet und in ihrem unlöslichen intramodalen Sinnzusammenhang durch den Sinnkern bestimmt und qualifiziert sind.

Es soll aber beachtet werden, daß innerhalb dieser Gesamtstruktur die antizipierenden Momente eine andere Funktion haben als die retrozipierenden. Der modale Sinn eines Aspekts kann sich nämlich

innerhalb gewisser Individualitätsstrukturen der empirischen Wirklichkeit in geschlossener oder restriktiver Gestalt offenbaren, in der die antizipierenden Momente noch nicht zur Entfaltung gekommen sind. Die antizipierenden Momente erschließen und vertiefen den modalen Sinn des Aspekts und können darum nur eine *regulative*, nicht eine *konstitutive* Bedeutung innerhalb dessen modaler Struktur haben. Innerhalb der Individualitätsstruktur anorganischer Naturerscheinungen zum Beispiel offenbart sich der modale Sinn des sie qualifizierenden energetischen Aspekts in noch geschlossener Gestalt; in den Stoffwechselprozessen eines lebenden Organismus dagegen, welche auf die organische Lebensfunktion des Organismus gerichtet sind, sind schon die biotischen Antizipationen in ihrer regulativen Funktion innerhalb des energetischen Aspekts zur Entfaltung gekommen. Innerhalb des tierischen Gefühlslebens offenbart sich der modale Sinn des sensitiven Aspekts nur in restriktiver, starr an die biotischen und vorbiotischen Retrozipationen der Sinnlichkeit² gebundener Gestalt. Im entwickelten menschlichen Gefühlsleben dagegen, kommen die antizipierenden Sinnmomente zur Entfaltung, wie logisches Gefühl, kulturelles Machtgefühl, Sprachgefühl, ästhetisches Gefühl, Rechtsgefühl, moralisches Gefühl, Glaubensgefühl. Der modale Sinn des logischen Aspekts zeigt sich in noch geschlossener Gestalt im vor-theoretischen Denken, in welchem er zwar alle auf frühere Aspekte zurückweisenden modalen Strukturmomente enthält (wie logische Einheit, Vielheit, Allheit, logischen Denkraum mit dessen logischen Dimensionen, logische Denkbewegung, logische Beweiskraft und logische Kausalität, d. h. die Relation der logischen Gründe und Folgen, logisches Denken und sinnlich gebundene begriffliche Vorstellung), aber sich noch nicht in antizipierende Richtung entfaltet hat. Im systematischen theoretischen Denken dagegen erschließt er seine regulativen Antizipationen (logische Beherrschung, logische Symbolik, logische Denkökonomie, logische Harmonie, logischen Rechtsgrund und Gegengrund im wissenschaftlichen Streitverfahren, logische Denkmoralität, logische Axiomatik).

Auch in der transzendentalen Strukturanalyse der juristischen Erfahrungsweise soll der Funktionsunterschied zwischen den retrospektiven oder retrozipierenden und den antizipierenden Sinnmomenten berücksichtigt werden. Der Rechtsbegriff soll nur die konstitutiven, nicht die

² Sinnliches Gefühlsleben, sinnliche Gefühlenergie und -wirkung, sinnliche Gefühlsbewegung (Emotion), sinnliches Raumgefühl und sinnlicher Empfindungsraum, sinnliche Gefühls- und Empfindungsmannigfaltigkeit.

regulativen modalen Strukturmomente dieser Erfahrungsweise mittels theoretischer Analyse und Synthese umfassen. Dies heißt aber nicht, daß dieser erkenntnistheoretische Begriff selber eine konstitutive Bedeutung für unsere Rechtserfahrung hätte, wie STAMMLER auf Grund seines transzendentalen Logizismus zu behaupten genötigt war. Denn die juristische Erfahrungsweise ist in jedem Versuch, sie erkenntnistheoretisch zu analysieren, schon vorausgesetzt. Sie fungiert implizite in ihrer modalen Struktur auf praktisch einheitliche Weise, ungeachtet der Tatsache, daß bisher kein Versuch, das Rechtliche begrifflich theoretisch zu bestimmen, allgemeine Zustimmung gefunden hat.

Nur die theoretische Rechtswissenschaft braucht einen erkenntnistheoretischen Begriff der juristischen Erfahrungsweise als Grundlage ihres wissenschaftlichen Aufbaus und ihrer Methodik. Die antizipierenden modalen Sinnmomente des juristischen Erfahrungsaspekts, welche, wie wir gesehen haben, dessen modalen Sinn vertiefen, sind in der theoretischen Denk- und Erfahrungshaltung nur im Rahmen einer dynamischen theoretischen Rechtsidee zu fassen. Letztere hat die regulative Funktion, den im Rechtsbegriff nur in restriktiver, geschlossener Weise gefaßten modalen Sinn der juristischen Erfahrungsweise in antizipierende Richtung (via die moralischen und pistischen Antizipationen) auf die Wurzeinheit des Sinnes aller modalen Aspekte zu richten. Diese Wurzeinheit, welche die modale Verschiedenheit unseres zeitlichen Erfahrungshorizontes transzendiert, ist im Lichte des biblischen Grundmotives nur in der zentralen Liebesgemeinschaft der Menschen mit Gott in Jesu Christo zu finden. In ihr erfüllt sich auch der biblische Sinn der Gerechtigkeit, der sich nicht der zentralen Sinnvollheit der Liebe gegenüberstellen läßt, wie in der theoretischen Denk- und Erfahrungshaltung die juristische Gerechtigkeit der Liebe im modal-moralischen Sinne gegenübergestellt wird. Jeder Versuch, zu einer begrifflichen Bestimmung der rechtlichen Erfahrungsweise zu gelangen, bleibt ja an die antithetische Grundrelation der theoretischen Denk- und Erfahrungshaltung gebunden. Da aber die subjektive Weise dieser Begriffsbestimmung sich mittels der dreifachen transzendentalen Grundidee des philosophischen Denkens abhängig zeigt von dem übertheoretischen Grundmotiv dieses letzteren, das sich nur in der konzentrischen Richtung unseres Denkens der theoretischen Reflexion kundgibt, ist der transzendente Rechtsbegriff mitbestimmt durch die theoretische Rechtsidee, die ja auf das modale Strukturganze des juristischen Erfahrungsaspekts in dessen antizipierendem Sinne gerichtet sein soll. Die

theoretische Rechtsidee kann aber nicht, wie in STAMMLERS Rechtsphilosophie, die praktische Rechtsidee ersetzen, welche in der vertieften juristischen Erfahrungsweise selbst wirksam ist bei der Prüfung einer besonderen positiven Rechtsregelung auf ihren Gerechtigkeitsgehalt, oder bei der Würdigung juristischer Tatsachen nach den Maßstäben der Gerechtigkeit, auf welche in sogenannten Generalklauseln positiver Rechtsnormen verwiesen wird, und deren Anwendung eine Würdigung der individuellen Situation voraussetzt. Diese praktische Rechtsidee ist nicht auf einen theoretischen Rechtsbegriff bezogen, doch betätigt sie sich implizite in unserer juristischen Erfahrungsweise, insofern diese sich in antizipierende Richtung aufgeschlossen und vertieft hat.

Übrigens hat die obige Unterscheidung zwischen theoretischer und praktischer Rechtsidee nichts zu schaffen mit dem Gegensatz zwischen theoretischer und praktischer Idee in KANTS kritischem Idealismus. Ist doch letzterer durch das dualistische zentrale Grundmotiv des Humanismus, nämlich das von Natur und Freiheit, bedingt, dessen innere religiöse Dialektik KANT zur Proklamierung von dem „Primat der praktischen Vernunft“, d. h. des Humanistischen Freiheitsmotivs in moralistischem Sinne, drängte.

Eine genaue Analyse der analogischen Sinnmomente, welche die modale Struktur der juristischen Erfahrungsweise enthält, muß uns notwendig die Stelle dieser letzteren innerhalb der zeitlichen Ordnung der modalen Aspekte enthüllen. Im zweiten Teil meiner in niederländischer Sprache verfaßten *Encyclopedie der Rechtswetenschap* habe ich, auf der Grundlage einer allgemeinen Theorie der transzendentalen Erfahrungsweisen, gezeigt, daß der juristische Aspekt die Stelle zwischen dem ästhetischen und dem moralischen haben muß. Denn in seinem restriktiven und geschlossenen Sinne, in dem er sich innerhalb eines formalistischen primitiven Volksrechts offenbart, kann er seine moralischen Antizipationen noch nicht entfalten, während er dennoch alle modalen Analogien des ästhetischen und der vor-ästhetischen Aspekte in sich enthalten muß, um seinen modal-juristischen Sinn offenbaren zu können.

Damit hat die philosophische Idee der Enzyklopädie der Rechtswissenschaft im Rahmen einer universalen Wissenschaftslehre, welche innerhalb des deutschen Idealismus in spekulative Bahnen geraten war, einen neuen wissenschaftlichen Sinn bekommen. Ausgehend von einer integralen, obschon immer offen bleibenden Totalidee der theoretisch auseinandergestellten modalen Aspekte, hat diese Enzyklopädie uns die

Stelle der Rechtswissenschaft nach ihrem modal-theoretisch bestimmten Untersuchungsgebiet innerhalb der Gesamtheit der modal bestimmten wissenschaftlichen Untersuchungsgebiete aufzudecken und den inneren Zusammenhang der transzendentalen rechtswissenschaftlichen Grundbegriffe mit denen aller anderen Wissenschaften zu zeigen, unter Berücksichtigung ihrer modalen Sinnverschiedenheit.

Ebenso wie die universale intermodale Zeit zeigen auch die in ihr fundierten modalen Aspekte eine Gesetzes- oder Ordnungs-, und eine (dieser unterworfenen) faktische Seite, welche in unlöslicher Wechselbeziehung zueinander stehen. In dieser Korrelation hat die juristische Erfahrungsweise einen unverkennbar normativen Charakter, so daß jeder Versuch, juristische Tatbestände zu fassen, abgesehen von den sie bestimmenden Rechtsnormen oder Rechtsprinzipien, und jeder Versuch, letztere durch bloße Durchschnittsregeln des tatsächlichen menschlichen Verhaltens zu ersetzen, uns notwendig aus der juristischen Erfahrungswelt herausführt. Deshalb kann eine positivistische Rechtssoziologie, welche in konsequenter Weise die rechtlichen Phänomene als a-normative betrachten möchte, sich nicht als *Rechtssoziologie* legitimieren. Dennoch ist das Sollen kein elementares modales Strukturmoment der juristischen Erfahrungsweise, d. h. es hat weder die Stelle des Sinnkerns, noch die einer modalen Analogie. Man kann feststellen, daß der transzendentalen intermodalen Zeitordnung gemäß, der logische Aspekt der erste normative Aspekt unserer Denk- und Erfahrungswelt ist, so daß die früheren Aspekte nur modale Antizipationen der normativen zeigen³. Aber das Sollen hat auch in der modalen Struktur dieses logischen Aspekts nicht die Stelle des Sinnkerns, doch ist er hier vielmehr durch die analytische Unterscheidungsweise als Kernmoment, in dessen Zusammenhang mit den modalen Retrozipationen, bestimmt. Es gehört zu den in der Philosophie der Gesetzesidee sogenannten *kategorialen Relationen*, welche sich sowohl innerhalb der modalen Aspekte als auch innerhalb der Individualitätsstrukturen unserer zeitlichen Erfahrungswelt offenbaren und selber niemals eine einfache Natur haben. Sie lassen sich auf eine Dreizahl reduzieren, nämlich 1° die schon genannte Korrelation der Gesetzes- und faktischen Seite unseres zeitlichen Erfahrungshorizonts, welche in dessen normativen Modalitäts- und Individualitätsstrukturen immer den konträren Gegensatz zwischen

³ Wie z. B. das Rechtsgefühl nur eine modale Antizipation der rechtlichen Erfahrungsweise innerhalb der sensitiven ist.

Normgemäßheit und Normwidrigkeit impliziert, da die normativen Gesetze notwendig Bewertungsmaßstäbe von konstitutiver Bedeutung für die durch sie beherrschten Tatsachen sind; 2° die zeitlichen Subjekt-Objektrelationen, welche innerhalb des juristischen Aspekts den zusammengesetzten Rechtsverhältnissen der subjektiven Rechte und Rechtspflichten, ebenso wie den Verhältnissen zwischen subjektiven und objektiven juristischen Tatsachen⁴, zu Grunde liegen; 3° die zeitlichen Relationen von Entstehen, Zunichtegehen und Dauer.

Alle zusammengesetzten Grundbegriffe der Rechtswissenschaft, welche auf diese kategorialen, in der intermodalen Zeitordnung begründeten, Relationen bezogen sind (wie die Begriffe Rechtsnorm, juristische Tatsache, Rechtssubjekt und Rechtsobjekt, subjektives Recht und Rechtspflicht, Rechtsquelle im Sinne von juristischer Entstehungsform von Rechtsnormen und Rechtsbeziehungen), können erkenntnistheoretisch ihren modal-juristischen Sinn nur mittels einer sukzessiven Analyse und Synthese von allen konstitutiven elementar-modalen Strukturmomenten unserer juristischen Erfahrungsweise erschließen.

Der modal-juristische Sinn einer Rechtsnorm zum Beispiel impliziert die numerische Analogie der Zugehörigkeit zu einer Vielheit von Normen, welche zur juristischen Einheit einer Rechtsordnung verbunden sind. Eine völlig isolierte Vorschrift, welche nicht zu der juristischen Viel-einheit einer Rechtsordnung gehört, kann niemals rechtlichen Sinn haben. Er impliziert weiter die räumliche Analogie des Geltungsgebietes, welche wieder die numerische voraussetzt, und die energetische Analogie der Rechtskraft und rechtlichen Wirkung, welche nur in der kausalen Analogie der juristischen Erfahrungsweise nach der Gesetzesseite, nämlich in der Relation Rechtsgrund-Rechtsfolge zu fassen ist; weiter präzisiert sich der modal juristische Sinn der Rechtsnorm in den biotischen Analogien des Rechtslebens (als labiles Gleichgewicht rechtlicher Interessen), das nach seiner Gesetzesseite durch Rechtsnormen reguliert und von Rechtsorganen im Stande gehalten wird, in deren, auf juristische Gestaltung und damit Positivierung von überwillkürlichen Rechtsprinzipien gerichteten, direkten oder indirekten Willenserklärung die Rechtsnormen ihren formellen Entstehungsgrund haben; kraft dieser rechtlichen Entstehungsform impliziert jede Rechtsnorm in ihrer

⁴ Objektive juristische Tatsachen sind Naturfakta (wie z. B. ein Blitzschlag), die nur in Abhängigkeit von subjektiven rechtlichen Tatbeständen (z. B. einem Versicherungsvertrag, einem subjektiven Recht des Versicherten an das durch Blitzschlag zerstörte Haus usw.) Rechtsfolgen haben können.

notwendigen juristischen Gestaltung die rechtlich widerspruchslose Zurechnung zu dem Willen eines mit Rechtsmacht zur Rechtsbildung beleideten Organs, in welchen modalen Strukturmomenten auch die psychischen⁵, logischen und kulturhistorischen⁶ Analogien innerhalb der juristischen Erfahrungsweise sich kundgeben. Der modale Sinn der Rechtsnorm ist näher bestimmt durch die sprachliche (symbolische) Analogie ihrer rechtlichen Bedeutung, welche mittels juristischer Interpretation festgestellt werden soll und sich mit der sprachlichen Bedeutung der Worte und Sätze, in denen die Norm ausgedrückt ist, nicht identifizieren läßt. Denn die rechtliche Bedeutung im hier gemeinten Sinne ist ein konstitutives modales Strukturmoment der Rechtsnorm selber, und nicht ihrer sprachlichen Formulierung, mittels welcher sie nur symbolisch *bezeichnet* werden kann; und die eigentliche juristische Interpretation fungiert nur in der rechtlichen, nicht in der symbolischen Erfahrungsweise, obschon sie unzweifelhaft in der symbolischen fundiert ist. Diese rechtliche Bedeutung wird an erster Stelle bestimmt durch die Forderungen des Rechtsverkehrs, d. h. die Umgangsanalogie in der juristischen Erfahrungsweise, welche sich in einer Korrelation von gemeinschaftlichen und inter-individuellen, beziehungsweise interkommunalen Rechtsverhältnissen (von mir „gesellschaftliche“ genannt) offenbart, je nachdem, ob die Rechtssubjekte als Glieder eines sozialjuristischen Ganzen, oder koordiniert, ohne Einordnung in solch ein Ganzes auftreten. Diese Korrelation gemeinschaftlicher und gesellschaftlicher Rechtsverhältnisse, welche, wie wir sehen werden, nicht selber zu den modalen Analogien gehört, sondern sich als „soziale Kategorie“ in der juristischen Umgangsanalogie kundgibt, drückt sich in der Rechtsordnung in der Korrelation gemeinschaftlicher und gesellschaftlicher Rechtsnormen aus. Sie impliziert die ökonomische Analogie der juristischen Ökonomie, welche jede exzessive Verfolgung von gesellschaftlich-rechtlichen Interessen auf Kosten gemeinschaftlicher und von ge-

⁵ Das juristische Willensmoment ist eine notwendige psychische Analogie in der modalen Struktur der Rechtsnorm, welche trotz ihrem intermodalen Sinnzusammenhang mit dem psychischen Wollen nicht auf dieses letztere zu reduzieren ist.

⁶ In einer ausführlichen Analyse der modalen Struktur des kulturhistorischen Aspekts unserer Erfahrungswelt habe ich im 2. Bande meines Werkes *A New Critique of Theoretical Thought* gezeigt, daß das Macht- oder Beherrschungsmoment in der kulturellen Formgebung der Sinnkern dieses Aspekts ist, auf welchen die *Rechtsmacht*, als elementares analogisches Strukturmoment des juristischen Aspekts, retrozipierend zurückweist.

meinschaftlichen auf Kosten gesellschaftlicher verbietet. Und diese ökonomische Analogie verweist ihrerseits auf die ästhetische, nämlich die der Harmonisierung der rechtlichen Interessen nach einem Maßstab der rechtlichen Proportionalität, die jeder Rechtsordnung, auch einer primitiven, notwendig inhärent und ohne die rechtliche Ökonomie nicht möglich ist. Das primitive Talioprinzip z. B. zeigt beide Analogien in einer zwar äußerst rudimentären, aber nichtsdestoweniger deutlichen Gestaltung.

Das unreduzierbare Kernmoment der rechtlichen Erfahrungsweise habe ich bis jetzt, aus mehreren hier nicht näher darzulegenden Gründen, als „auf vergeltende Weise“ bezeichnet, welche Bezeichnung dann auch als Umschreibung des qualifizierenden modalen Sinnmoments der Rechtsnorm innerhalb der Rechtsordnung betrachtet werden sollte. Natürlich darf diese Bezeichnung des modalen rechtlichen Sinnkerns dann nicht im typisch staatlich-strafrechtlichen Sinne gedeutet werden. Immer soll bedacht werden, daß der Sinnkern sich nur in unverbrüchlichem Zusammenhang mit den konstitutiven retrozipierenden Sinnmomenten fassen läßt, in denen er sich ausdrückt.

Dies führt uns erkenntnistheoretisch nicht in einen vitiosen Zirkel – das Rechtliche ist ja nicht identisch mit seinem Sinnkern –, doch ist vielmehr eine notwendige Folge des Sachverhalts, daß die modale Struktur ein unverbrüchliches Sinngefüge ist, in dem alle Sinnmomente, folglich auch das unreduzierbare Kernmoment, unselbstgenügsam sind. Nur der Versuch, im Rechtsbegriff den rechtlichen Sinnkern durch eine willkürliche Auslese analogischer Sinnmomente zu ersetzen, ergibt einen vitiosen Zirkel, da diese Sinnmomente nur durch den Sinnkern eindeutig bestimmt sind. Letzterer läßt sich in keiner Definition des Rechtsbegriffs ersetzen. Wohl ist es möglich, daß die Bezeichnung von dem modalen Sinnkern des Rechtlichen als „auf vergeltende Weise“ sich doch bei näherer Besinnung unbefriedigend zeigt, und daß es besser wäre, auf jede nähere Bezeichnung, die ja nur eine evozierende sprachliche Funktion haben kann, zu verzichten. Ein modaler Sinnkern läßt sich schließlich nicht definieren⁷, sondern ist theoretisch nur unserer intuitiven Einsicht zugänglich, und diese Einsicht ist nicht unfehlbar. Dies mag einem logizistischen Rationalismus unverträglich sein, läßt sich aber nicht ändern.

⁷ In bezug auf den Gefühlskern der sensitiven Erfahrungsweise hat dieser Sachverhalt seinen Ausdruck gefunden in dem scherzhaft gemeinten Wort: „Was man nicht definieren kann, das sieht man als ein Fühlen an“.

Auch die faktische Seite des juristischen Erfahrungsaspekts fungiert innerhalb der modalen Struktur dieses letzteren, und kraft der kategorialen Relationen des rechtlichen Entstehens ist sie in bestimmter Hinsicht mit der Normseite *verflochten* und umgekehrt. Die Rechtsnormen sind ja gebunden an juristische Entstehungsformen, in denen sie ihre (schon kraft der kulturhistorischen Analogie ihrer modalen Struktur notwendige) sukzessive Gestaltung oder Formgebung erlangen. Diese Entstehungsformen sind juristische Tatsachen und nicht selber Normen. Sind sie doch, wie wir gesehen haben, direkte oder indirekte, auf Rechtsbildung gerichtete, juristische Willenserklärungen von mit Rechtsmacht dazu versehenen juristischen Organen. Diese *rechtbildenden* juristischen Tatsachen sind ein notwendiger formeller und faktischer Bestandteil der Rechtsnormen, so daß die letzteren eine Verflechtung der faktischen und gesetzlichen Seite zeigen. Denn die Rechtsmacht der rechtbildenden Organe ist, im Gegensatz zu der über Objekte, eine Rechtsmacht über Personen, die der rechtbildenden Willenserklärung dieser Organe unterworfen sind. Und diese Unterworfenheit ist rechtlich nur möglich, indem die erwähnte Willenserklärung den Rechtsnormen ihrer modalen Struktur nach inhärent ist. Dies trifft auch zu in bezug auf Rechtsmacht (Kompetenz) erteilende Rechtsnormen, die ja auch selber an juristische Entstehungsformen gebunden sind⁸.

Die originären (nicht delegierten) Entstehungsformen können als rechtbildende juristische Tatsachen nicht durch Kompetenz erteilende Rechtsnormen bestimmt sein. Als auf ursprüngliche Weise Recht „setzende“ juristische Willenserklärungen können sie nur von einem mit ursprünglicher Rechtsmacht (*pouvoir constituant*) versehenen Organ ausgehen⁹.

Aber dies heißt keineswegs, daß der juristische Positivismus recht hätte, der den Inhalt der Rechtsnormen der subjektiven Willkür eines souveränen Gewalthabers anheimgibt. Denn *Rechtsbildung* setzt über-

⁸ Man bedenke, daß es rein-modale Rechtsnormen, d. h. „Rechtsnormen überhaupt“, nicht gibt, ebensowenig wie rein-modale juristische Tatsachen. Innerhalb deren modaler Struktur sind sie immer typisiert durch die Individualitätsstrukturen der „sozialen Kreise“, auf die wir später zurückkommen werden. Es handelt sich in diesem Paragraphen noch allein um die *modale Struktur* der Rechtsnormen und der juristischen Tatsachen.

⁹ Diese originäre Kompetenz ist, wie wir im folgenden Paragraphen sehen werden, durch das innere normative Strukturprinzip des „sozialen Kreises“ bestimmt, innerhalb dessen typischer Rechtssphäre das auf originäre Weise gebildete Recht zur Anwendung kommen soll.

willkürliche Rechtsprinzipien voraus, die juristischer Gestaltung bedürfen; und schon die modale Struktur der juristischen Erfahrungsweise enthält Grundsätze, nämlich diejenigen, die (noch abgesehen von jeder sich in den Rechtsnormen ausdrückenden Individualitätsstruktur) in der modalen Art des rechtlichen Aspekts nach der Normseite impliziert sind, und die wir oben kürzlich analysiert haben.

Aber auch die traditionelle Naturrechtslehre, die neben dem positiven Recht ein Naturrecht annahm, das einer positiven Rechtsregel, im Falle ihres Konflikts mit einem Gebot oder Verbot des *jus naturale*, ihre Geltung entziehen würde, ist mit der ebenfalls kürzlich oben analysierten modalen Struktur der Rechtsnormen unvereinbar. Denn die Annahme eines *per se* im juristischen Sinne geltenden *jus naturale* übersieht das notwendige, Rechtsmacht implizierende, Gestaltungsmoment (die kulturhistorische Analogie) innerhalb der modalen Struktur der Rechtsnormen und führt zu einem widerspruchsvollen Dualismus im Rechtsbegriff.

Die Strukturverflechtung der Normseite und der faktischen Seite der juristischen Erfahrungsweise innerhalb der Rechtsnormen wird man nicht los. Es darf darum nicht wundernehmen, daß bei mehreren der heutigen Naturrechtslehren eine deutliche Tendenz zur Abschwächung oder sogar Aufhebung des Dualismus im Rechtsbegriff bemerkbar ist.

Nicht nur die rechtbildenden, sondern auch alle anderen juristischen Tatsachen können ihren modal-rechtlichen Sinn nur im unverbrüchlichen Zusammenhang ihrer modalen Strukturmomente offenbaren. Nach den numerischen Analogien dieser modalen Struktur zeigen sie einfache juristische Einheit, juristische Zwei- oder Mehreinheit, nicht zu juristischer Einheit verbundene Mehrheit usw. Nach den räumlichen Analogien haben sie notwendig ihren juristischen Ort im Geltungsgebiet einer bestimmten Rechtsordnung; außerhalb solch eines Geltungsgebietes gibt es keine juristischen Tatsachen. Nach den energetischen und biotischen Analogien hat jede juristische Tatsache kausale Wirkung im Rechtsleben, ohne welche von einer juristischen Tatsache keine Rede sein kann. Nach der Gesetzesseite der juristischen Erfahrungsweise ist diese kausale Wirkung nur zu fassen als Rechtsgrund für bestimmte rechtliche Folgen; nach der faktischen Seite bedeutet sie immer einen faktischen kausalen Eingriff — entweder in juridisch harmlosem oder in juridisch schädlichem Sinne — in bestimmte rechtliche Interessen. Schon dieser axiologische Charakterzug macht es unmöglich, den faktischen juristischen Kausalzusammenhang zwischen einer juri-

stischen Tatsache und ihrem schädlichen Eingriff in rechtliche Interessen mit Hilfe naturwissenschaftlicher Kausalitätstheorien zu fassen. Letztere lassen sich nur benützen für die Beantwortung naturwissenschaftlicher Vorfragen, die mit dem juristischen Kausalitätsproblem zwar unverbrüchlich zusammenhängen mögen, aber nicht selber juristischer Art sind. Schon die Bedingtheit der juristischen Kausalitätsfrage durch die in der numerischen Analogie unserer rechtlichen Erfahrungsweise wurzelnde Frage, ob es *in casu* Einheit oder Mehrheit kausaler juristischer Tatsachen gebe, und ob in letzterem Falle Einheit oder Mehrheit von Kausalnexus angenommen werden solle, ist im Rahmen einer naturwissenschaftlichen Kausalitätstheorie völlig unverständlich. Und doch ist jeder Jurist genötigt, in der Praxis, dieser Frage, die sich nur nach rechtlichen Maßstäben beantworten läßt, Rechnung zu tragen. Man denke z. B. an die Mittäterschaft, Beihilfe und Anstiftung im deutschen Strafgesetzbuch und im niederländischen *Wetboek van Strafrecht*; an den Schaden, außer dem durch ein zivilrechtliches Delikt angerichteten, verursacht durch „die eigene Schuld des Benachteiligten“, einen zweifachen Kausalnexus, welcher in der Rechtsprechung des niederländischen Hohen Rates von entscheidender Bedeutung ist für die Verteilung des Schadens auf die Prozeßparteien usw. Die numerische Analogie im faktischen juristischen Kausalnexus ist wieder unverbrüchlich mit der logischen Analogie der juristischen Zurechnung¹⁰, und bei der Kausalität der rechtlich unerlaubten Handlungen mit der, ebenfalls in der logischen Analogiensphäre fungierenden Rechtswidrigkeit verbunden; bei der juristischen Kausalität der menschlichen Handlungen überhaupt auch mit der psychischen Analogie des juristischen Wollens.

Daß die juristische Kausalität eines rechtswidrigen Verhaltens sich nur im Zusammenhang mit der Unrechtmäßigkeit dieses Verhaltens fassen läßt, hätte besonders in die Augen fallen sollen bei der „Verursachung durch Unterlassung“ im rechtlichen Sinne. Die naturalistischen Kausalitätstheorien konnten hier selbstverständlich nur eine Fiktion sehen, da die Unterlassung vom naturwissenschaftlichen Standpunkte betrachtet, keine kausale Wirkung haben kann. In der juridischen Erfahrungsweise dagegen, ist es ohne weiteres deutlich, daß nur derjenige durch Unterlassung einen schädlichen Erfolg im Rechtsleben verursachen

¹⁰ Dies trifft sogar zu bei der Bestimmung des Umfangs des Schadens, welcher im juristischen Sinne durch ein Naturereignis, wie Feuer infolge eines Blitzschlages, verursacht ist. Man sehe z. B. art. 291 des niederländischen Handelsgesetzbuches.

kann, der Rechtens verpflichtet war, die bestimmte, den betreffenden Schaden vorbeugende, Handlung vorzunehmen, welche er rechtswidrig unterlassen hat. Denn die rechtswidrige Unterlassung ist nicht ein Nichts, sondern hat die *rechtliche Bedeutung* eines schädlichen Eingriffs in das labile Gleichgewicht der juridischen Interessen, das ja nur aufrechterhalten bleibt, wenn jeder tut, was er Rechtens schuldig ist. Die symbolische Analogie in der modalen Struktur der juristischen Tatsache tritt hier deutlich hervor. Die rechtliche Bedeutung ist der juristischen Tatsache in ihrer Faktizität, ebenso wie der Rechtsnorm, inhärent und kann nur durch juristische Interpretation mit Hilfe anwendbarer Rechtsnormen ermittelt werden. Es ist folglich ein primitives Mißverständnis zu meinen, man könnte einen naturalistisch gefaßten Tatbestand unter die allgemeine Umschreibung einer juristischen Tatsache in einem Rechtssatz subsumieren, ohne irgendwelcher juristischen Interpretation des Tatbestandes zu bedürfen. Man versuche nur, auf diese Weise den Tatbestand eines Diebstahls festzustellen und unter die gesetzliche Umschreibung dieses Delikts zu subsumieren!

Die rechtliche Bedeutung eines juristischen Tatbestandes läßt sich nur bestimmen auf der Grundlage von dessen juridischer Gestaltung, welche ihm kraft der kulturhistorischen Analogie seiner modalen Struktur ebensowohl wie der Rechtsnorm inhärent ist. Und auch die rechtliche Bedeutung der juristisch gestalteten konkreten Tatsachen wird an erster Stelle bestimmt durch die Forderungen des Rechtsverkehrs mit dessen Korrelation gemeinschaftlicher und gesellschaftlicher Rechtsverhältnisse und Interessen, deren juridische Harmonisierung die Beachtung der juridischen Ökonomie voraussetzt. Daß die Schuld als Element einer rechtswidrigen, subjektiven juridischen Tatsache, im Gegensatz zur Schuld im moralischen Sinne, die Rechtswidrigkeit des faktischen Verhaltens und dessen schädlichen kausalen Eingriff in rechtliche Interessen voraussetzt, ergibt sich schon aus ihrer Stelle als moralische Antizipation innerhalb der modalen Struktur des juridischen Aspekts.

Es muß einleuchten, daß die kürzlich oben dargestellte Methode einer transzendentalen Analyse des juridischen Erfahrungsaspekts nicht zur Gewinnung eines Rechtsbegriffs führen kann, der sich in einer einfachen Definition zusammenfassen läßt. Aber dies bedeutet keinen Verlust, da die geläufigen „einfachen“ Definitionen die eigentliche modale Struktur des Rechtlichen außer acht lassen und folglich sich entweder in der Mehrdeutigkeit unqualifizierter analogischer Begriffsmerkmale verstricken, welche dann leicht in einem nichtrechtlichen

Sinne gefaßt werden, oder aber typisch staatliche Merkmale in die begriffliche Bestimmung des Rechtlichen aufnehmen, was eine offensichtliche Verwechslung der modalen Struktur mit einer bestimmten Individualitätsstruktur bedeutet.

Die theoretische Einsicht in die modale Struktur des Rechtlichen, welche unsere Methode bietet, ist wichtiger als jede abschließende Begriffsformel, die ja nimmer erschöpfend sein kann, da die erwähnte Struktur in ihren konstitutiven Analogiensphären überaus kompliziert und dazu zweiseitig ist. Die betreffende Einsicht wird den Rechtsphilosophen vor einer Erstarrung seines Rechtsbegriffes bewahren und ihn lehren, letzteren als einen *dynamischen Sinnbegriff* zu fassen und anzuwenden. Dieser Sinnbegriff soll allen kategorialen Grundbegriffen der Rechtswissenschaft in deren früher umschriebenem Sinne gleichermaßen zu Grunde gelegt werden, also auch den, mit den Grundbegriffen der Rechtsnorm und der juristischen Tatsache eng zusammenhängenden, Grundbegriffen der Rechtssubjektivität und der juristischen Subjekt-Objektrelation, des (letztere implizierenden) subjektiven Rechts und der Rechtspflicht, der juristischen Zeitkategorien des Entstehens und Zunichtegehens, deren erstere auch den Grundbegriff der Rechtsquelle (im Sinne der juristischen Entstehungsform von Rechtsnormen und subjektiven Rechtsverhältnissen) umfaßt. Im zweiten Teil meiner *Encyclopädie der Rechtswissenschaft* habe ich die erwähnten kategorialen Grundbegriffe auf diese Weise einer eingehenden modalen Sinnanalyse unterworfen. Vor allem soll die transzendente Analyse von der modalen Struktur der rechtlichen Erfahrungsweise die notwendigen *elementaren* modalen Grundbegriffe in deren unverbrüchlichem wechselseitigem Zusammenhange ans Licht bringen, welcher die Rechtswissenschaft bedarf zur Abschneidung von unjuristischen Problemstellungen im Rahmen des Rechtlichen. Solche Problemstellungen haben ja immer unlösbare Antinomien im juridischen Denken verursacht, welche durch die Einführung theoretischer Fiktionen nur maskiert wurden.

§ 2 *Die typischen inneren Strukturprinzipien der sozialen Kreise und ihrer internen Rechtssphären. Die enkaptischen Verflechtungen dieser Kreise und ihrer Rechtssphären.*

Weist also die Theorie der modalen Strukturen der Rechtsphilosophie eine neue, wirklich transzendente, Methode zur begrifflichen Bestimmung der rechtlichen Erfahrungsweise, so verschafft die Theorie

der Individualitätsstrukturen und deren Verflechtungen sowohl der Rechts- als auch der Sozialphilosophie eine neue Methode zur Typologie der verschiedenartigen gemeinschaftlichen und gesellschaftlichen Sphären des menschlichen Zusammenlebens und ihrer besonderen internen Rechtskreise, sowie ihrer gegenseitigen Verflechtungen.

Die zeitliche Wirklichkeit unserer Erfahrungswelt, die sich ihrem dynamischen Sinncharakter gemäß als eine fortwährende Verwirklichung offenbart, ist uns überhaupt nur in einem überaus komplizierten System von Verflechtungen zwischen Individualitätsstrukturen gegeben. Wir haben in der Einführung dieser Abhandlung gezeigt, daß in der vor-theoretischen Erfahrung die Dinge, Ereignisse, soziale Verhältnisse, und überhaupt alle Wirklichkeit innerhalb des Zeithorizonts nur in solchen typischen Totalstrukturen und ihren wechselseitigen Verflechtungen gefaßt wird. Der Bereich der letzterwähnten Theorie ist also viel umfassender als die menschlichen sozialen Verhältnisse und es darf darum nicht wundernehmen, daß der dritte Band meines Werks *A New Critique of Theoretical Thought*, in dem diese Theorie in diesem umfassenden Sinne dargelegt ist, der umfangreichste des ganzen Werkes ist. Dennoch ist hier gar nicht die Rede von einem geschlossenen System, da die strukturtypische Mannigfaltigkeit innerhalb unserer zeitlichen Erfahrungswelt unerschöpflich ist.

Im Rahmen dieser Abhandlung kann selbstverständlich nur äußerst summarisch auf die sehr verwickelte Materie der erwähnten Strukturtypen und deren Verflechtungen eingegangen werden. Wir beschränken diese summarische Erörterung auf einige Bemerkungen bezüglich der Bedeutung dieses Teils der Philosophie der Gesetzesidee für die Rechts- und Sozialphilosophie, und implizite für die sogenannte dogmatische Rechtswissenschaft und die Rechtssoziologie.

Zuvor eine kurze Bemerkung über das Verhältnis der modalen Strukturen zu den typischen Totalstrukturen der Wirklichkeit, welche ich Individualitätsstrukturen genannt habe. Der holländische Philosoph C. A. VAN PEURSEN hat gemeint, die modalen Strukturen seien nur das Produkt theoretischer Abstraktion, und seien deshalb nicht als ursprüngliche Data der menschlichen Erfahrung zu betrachten. Ich muß aber bemerken, daß hier ein Mißverständnis vorliegt. Nicht die modalen Strukturen, sondern nur das theoretische Auseinander- und einander Gegenüberstellen derselben ist das Produkt theoretischer Abstraktion. Sie haben konstitutive Bedeutung für unsere zeitliche Erfahrungswelt, indem sie dieser die modale Sinnverschiedenheit erteilen, ohne welche,

wie wir sehen werden, die typische Verschiedenheit der Individualitätsstrukturen innerhalb dieser Welt nicht möglich wäre.

Die letztgenannten Strukturen umfassen, wie wir in der Einführung bemerkt haben, grundsätzlich alle modalen Aspekte, aber geben diesen eine typische Gruppierung mit Beibehaltung ihrer allgemeinen Ordnung von früher und später innerhalb des universalen Zeithorizonts (d. i. der transzendentalen Zeit).

Ebenso wie die modalen Strukturen, haben sie den Charakter eines dynamischen offenen Sinnganzen, das aber bei ihnen eine stufenweise Ordnung nach Über- und Untertypen zeigt, in der sie stets mehr individualisiert werden. Der meist umfassende dieser Typen ist der, welcher den modalen Aspekt bestimmt, in dem das individuelle Ganze nach dessen innerem Strukturgesetze seine typisch leitende interne Funktion hat, d. h. die modale Funktion, welche seinen andern modalen Funktionen die typische Richtung in deren Sinnentfaltung weist und darum als die *zentrale* oder *qualifizierende* der Individualitätsstruktur zu betrachten ist. Diese typisch leitende Funktion wird in der Theorie der Individualitätsstrukturen die „interne Bestimmungsfunktion“ des individuellen Ganzen genannt und ist scharf zu unterscheiden von den „objektiven“ oder subjektiven Zwecken, denen es dienstbar ist oder gemacht werden kann.

Der meist umfassende Typus innerhalb der Individualitätsstruktur im oben erwähnten Sinne wird der Radikaltypus dieser Struktur genannt. Was man das Pflanzen- und das Tierreich nennt, sind Radikaltypen, ebenso wie das Reich der typisch physisch-chemisch, durch ihre zentrale Funktion innerhalb des modalen Aspekts der energetischen Wirkungsweise, qualifizierten Stoffe, Gebilde und Ereignisse. Der Radikaltypus des Tierreiches umfaßt auch die tierischen Gebilde und sozialen Verhältnisse.

Es gibt aber keinen Radikaltypus des Menschen, da die menschliche Existenz nicht durch eine typische Bestimmungsfunktion innerhalb irgendeines der modalen Aspekte qualifiziert ist. Zweifelsohne kann nur der Mensch Subjektsfunktionen innerhalb des logischen und der nach-logischen Aspekte haben. Aber die Behauptung, seine ganze zeitliche Existenz sei durch irgendwelche dieser modalen Subjektsfunktionen (z. B. durch die logische oder die kulturhistorische) typisch qualifiziert, läßt sich nicht aufrechterhalten. Der Mensch unterscheidet sich radikal vom Tiere durch die zentrale Bezogenheit seiner ganzen zeitlichen Existenz auf seine Ichheit in ihrer früher besprochenen religiösen

Wurzeleinheit, welche alle modalen Aspekte der zeitlichen Erfahrungswelt transzendiert. Darum können seine zeitlichen sozialen Beziehungen, im Gegensatz zu den tierischen, die interne Bestimmungsfunktion ihrer Individualitätsstrukturen in sehr verschiedenen modalen Aspekten haben. Und dasselbe ist zu sagen von den menschlichen Bewußtseinsakten, Handlungen und Gebilden. Obschon es also keinen Radikaltypus des Menschen gibt, können die zeitlichen sozialen Beziehungen zwischen den Menschen auf einem differenzierten Kulturniveau sehr verschiedene Radikaltypen zeigen. Letztere sind normativer Art (da die differenzierten zwischen-menschlichen Beziehungen immer durch eine normative Bestimmungsfunktion qualifiziert sind) und folglich sind auch die von ihnen umfaßten Individualitätsstrukturen, insofern sie in der inneren Wesensart dieser Beziehungen begründet sind, nach der Gesetzesseite normative Strukturprinzipien, die auf der Grundlage des kulturhistorischen Entwicklungsniveaus einer Gesellschaft menschliche Positivierung mittels Gestaltung oder Formgebung bedürfen. Das Produkt dieser Gestaltung sind die „sozialen Formen“, ohne welche die Strukturprinzipien der verschiedenen Typen menschlichen Zusammenlebens sich nicht verwirklichen lassen.

Diese Formen sind entweder Entstehungs-, oder Bestehungsformen der betreffenden sozialen Beziehungen¹¹. Sie zeigen einen variablen Charakter, was eine relative Stabilität nicht ausschließt, und sie sind Knotenpunkte zahlreicher Verflechtungen zwischen sozialen Beziehungen von prinzipiell verschiedener innerer Art und Struktur. Solche Verflechtungen, in denen diese Beziehungen sogenannte „Variabilitätstypen“ annehmen, werden in der Theorie der Individualitätsstrukturen „enkaptische“ genannt, eine Terminologie, welche dem schweizerischen Biologen HEIDENHAIN entlehnt ist, aber in der Philosophie der Gesetzesidee eine grundverschiedene Bedeutung bekommen hat. Die Relation der „Enkapsis“ wird hier ganz allgemein der Beziehung eines Ganzen zu dessen Teilen entgegengesetzt. Letztere wird durch die typische innere Art und Struktur des Ganzen bestimmt, so daß der Teil seine innere Art nur als Teil des Ganzen offenbaren kann. Das enkaptische Verhältnis dagegen, kann nur zwischen Individualitätsstrukturen bestehen, die infolge ihrer prinzipiellen inneren Artverschiedenheit niemals in einer Teil-Ganzenbeziehung zu einander stehen können. Wohl

¹¹ Die hier gemeinten sozialen Formen haben also nichts zu schaffen mit demjenigen, was GEORG SIMMEL in seiner „formellen Soziologie“ als „soziale Formen“ bezeichnete.

gibt es „enkaptische Struktur Ganzheiten“, welche stufenweise aufgebaut sind auf der Grundlage einiger verschiedenartiger, enkaptisch in ihnen gebundenen, Individualitätsstrukturen. Aber dieser verwickelte Sachverhalt, auf den hier nicht weiter eingegangen werden kann, ändert nichts an dem prinzipiellen Unterschied zwischen einer enkaptischen Strukturverflechtung und einer Teil-Ganzenbeziehung, da letztere nur innerhalb einer und derselben Individualitätsstruktur vorliegen kann. Ist ein Gefüge sozialer Beziehungen von bestimmter innerer Individualitätsstruktur (fortan *sozialer Kreis* genannt) enkaptisch innerhalb eines andersartigen gebunden, so bekommt es innerhalb dieses letzteren eine enkaptische Funktion, welche aber nicht seiner inneren Sphäre angehört. Innerhalb seiner internen Sphäre, die durch sein inneres Strukturprinzip selbst bestimmt und begrenzt wird, hat es eine „Souveränität im eigenen Kreise“, d. h. es soll innerhalb dieser Sphäre nur sein eigenes Strukturgesetz befolgen; und insofern es nach seiner Art eine von diesem Strukturgesetz beherrschte interne typische Rechtssphäre hat, gebührt ihm eine ursprüngliche, also nicht einem anderen Rechtskreise entlehnte, Rechtsmacht innerhalb derselben.

Den Teilen eines sozialen Ganzen, wie z. B. den bürgerlichen Gemeinden und Provinzen eines Staates, kann letzterem gegenüber niemals „Souveränität im eigenen Kreise“ im oben gemeinten Sinne zukommen. Wohl können sie Autonomie innerhalb des Ganzen haben, deren Grenzen vom Interesse des Ganzen abhängig, also nicht in ihrer inneren Art begründet sind. Auch den Teilstaaten eines Bundesstaates fehlt letzterem gegenüber die „Souveränität im eigenen Kreise“. Ihr inneres Strukturprinzip ist ja nicht wesentlich von dem des Bundesstaates verschieden, so daß die Abgrenzung ihrer Rechtsmacht von der des letztgenannten kraft des Teil-Ganzenverhältnisses nur durch die Bundesverfassung geschehen kann¹².

Weil die typische Verschiedenartigkeit der Rechtssphären bedingt ist durch die innere Strukturverschiedenheit der sozialen Kreise, denen sie zugehören, müssen wir nun ein wenig näher auf die von der Philosophie der Gesetzesidee in der Typologie dieser Kreise befolgte Methode eingehen. An erster Stelle werden dieser Typologie einige primäre Unterscheidungen der sozialen menschlichen Beziehungen zu Grunde

¹² Ein Staatenbund dagegen ist typisch qualifiziert als eine freiwillige völkerrechtliche Vereinigung der in ihm verbundenen Staaten, der schon wegen des Fehlens des institutionellen Merkmals, dessen Bedeutung weiter unten im Text erklärt wird, der Staatscharakter abzusprechen ist.

gelegt, welche deren Einteilung nach fundamentalen Kategorien möglich machen. Diese „sozialen Kategorien“ sind nicht als höchste Gattungen dieser Beziehungen zu betrachten, welche durch Hinzufügung spezifischer Merkmale zur Begriffsbestimmung ihres typischen inneren Wesens zu benützen wären. Diese Methode der Begriffsbestimmung ist, wenigstens in ihrem traditionellen Sinne, für eine Strukturtypologie der sozialen Beziehungen ebensowenig tauglich wie für eine Strukturanalyse der transzendentalen Erfahrungsweisen. Die höchsten Gattungen der sozialen Individualitätsstrukturen sind ihre Radikaltypen, und die nähere strukturtypologische Analyse soll, auf die sogleich darzulegende Weise, an die Individualitätstypen ihrer internen Bestimmungsfunktion anknüpfen. Die sozialen Kategorien dagegen liegen jeder strukturtypologischen Analyse, folglich auch einer Analyse von den verschiedenen Radikaltypen sozialer menschlicher Beziehungen, als Voraussetzung zugrunde. Sie liefern die Grundlage für die horizontal-systematischen Einteilungen dieser Beziehungen, welche die (vertikal gerichteten) strukturtypologischen durchkreuzen und erst innerhalb der letzteren eine strukturtypologische Präzisierung bekommen.

Die weitaus meist fundamentale dieser sozialen Kategorien ist die der gemeinschaftlichen und gesellschaftlichen Beziehungen; sie enthält zugleich einen Gegensatz und eine Korrelation. Diese soziale Kategorie trafen wir schon innerhalb der modalen Struktur des juristischen Aspekts an, in welcher sie weder als Sinnkern, noch als analogisches Moment auftreten kann, obschon sie dennoch den modalen Sinn des betreffenden Aspekts annimmt. In der Philosophie der Gesetzesidee haben die Worte „gemeinschaftlich“ und „gesellschaftlich“ eine andere Bedeutung als FERDINAND TÖNNIES in seinem berühmten Buch *Gemeinschaft und Gesellschaft* ihnen beilegte. Als „gemeinschaftlich“ bezeichnet sie jede soziale Beziehung, in der die Menschen als Glieder eines mehr oder weniger dauerhaften sozialen Ganzen auftreten, abgesehen von der Frage, ob die Bande zwischen den Gliedern einen „naturwüchsigen“, oder vielmehr „künstlichen“ Charakter im von TÖNNIES gemeinten Sinne haben, und ob sie in einem sogenannten „Wesenwillen“ oder in einem bloßen „Kürwillen“ begründet sind. „Gesellschaftlich“ dagegen nennt sie die sozialen Verhältnisse, in denen die Menschen (bzw. ihre Gemeinschaften) nicht als Glieder eines Ganzen, sondern in Koordination auftreten, sei es in gelegentlichem, sei es in regelmäßigem Zusammentreffen, und entweder in neutraler oder in interessierter Haltung, in Zusammenwirkung oder in einer Kampf- oder Konkurrenzlage.

Die gemeinschaftlichen Verhältnisse werden erstens kategorial eingeteilt in die natürlichen, keiner Organisation bedürftenden, weil in organischen Lebensbeziehungen fundierten, und die nach ihrer Art typisch kultur-historisch in einer organisierten Machtbildung fundierten. Die organisierten Gemeinschaften (oder Gesamtheiten gemeinschaftlicher Verhältnisse) werden, in Übereinstimmung mit der geläufigen deutschen Terminologie, „soziale Verbände“ genannt. Im Gegensatz zu den natürlichen Gemeinschaften ist ihr Auftreten (und nicht nur ihre variable Gestaltung) an bestimmte kulturhistorische Bedingungen gebunden. Die Organisation verschafft ihnen ein kontinuierliches Dasein, das unabhängig ist von der Lebensdauer, bzw. der Dauer der Mitgliedschaft, ihrer Angehörigen.

Die Gemeinschaften werden zweitens eingeteilt in „institutionale“ und „nichtinstitutionale“. Erstere sind nach ihrer Art bestimmt, ihre Mitglieder oder Angehörigen entweder während deren ganzen Lebens oder wenigstens während eines Teiles desselben, abgesehen von ihrer freien Wahl zu umfassen. Infolge ihres institutionalen Charakters spielen subjektive Zweckbestimmungen keine notwendige oder konstitutive Rolle in ihren Entstehungsformen. Die nichtinstitutionalen Gemeinschaften dagegen beruhen auf dem Prinzip des freien Bei- und Austretens ihrer Mitglieder. Subjektive Zweckbestimmungen sind ein konstitutiver Bestandteil ihrer Entstehungsformen. Die nichtinstitutionalen Gemeinschaften sind immer organisiert, die institutionalen nur mit Ausnahme der natürlichen.

Nach dem kulturhistorischen Entwicklungsniveau sind die sozialen menschlichen Beziehungen (sowohl die gemeinschaftlichen als auch die gesellschaftlichen) kategorial einzuteilen in differenzierte und undifferenzierte. Besonders die undifferenzierten Verbände (wie die patriarchalische Großfamilie, die vaterrechtlich oder mutterrechtlich organisierten Sippen, die Gilden, die primitiven herrschaftlichen Verbände etc.) stellen die soziologische Strukturtypologie vor schwierige Fragen, die wesentlich sozialphilosophischer Art sind. Sie sind nämlich nicht einfacher Natur, doch zeigen sie, im Gegensatz zu den differenzierten sozialen Verbänden, eine Mehrheit interner Strukturprinzipien, welche in ein- und derselben Organisationsform miteinander verflochten sind und dennoch die innere Struktureinheit des Ganzen nicht beeinträchtigen. Wie ist dies möglich? Nur so, daß ein bestimmtes Strukturprinzip, entweder das der unilateralen Familie oder das einer politischen Gemeinschaft, die zentrale oder leitende Rolle im undifferen-

zierten Strukturorganen spielt, in solcher Weise, daß es allen gemeinschaftlichen Verhältnissen innerhalb dieses Ganzen sein typisches Gepräge aufdrückt, ohne ihre innere Artverschiedenheit zu verwischen. Auf der Grundlage der hier selbstverständlich nur sehr summarisch erläuterten sozialen Kategorien knüpft nun, wie gesagt, die strukturtypologische Analyse der differenzierten sozialen Beziehungen an eine Untersuchung der Individualitätstypen an, welche die interne Bestimmungsfunktion ihrer Individualitätsstruktur stufenweise annimmt. Der primäre Individualitätstypus dieser Funktion ist durch das konstante interne Strukturprinzip eines sozialen Beziehungsgefüges oder „sozialen Kreises“ bestimmt. Die diesem Typus untergeordneten Individualitätstypen sind das variable Produkt menschlicher Gestaltung oder Formgebung und sind folglich für die Bestimmung der inneren Wesensart des betreffenden sozialen Kreises irrelevant. Denn diese Wesensart ist, ebenso wie die innere Art jedes anderen kreatürlichen Wesens, nach biblischer Ansicht in der göttlichen Schöpfungsordnung begründet, welche alle menschliche Gestaltung der sozialen Beziehungen erst ermöglicht. Dies ändert natürlich nichts daran, daß der Versuch, diese Wesensart zu ermitteln und begrifflich zu erfassen, in jeder Hinsicht fehlbares Menschenwerk bleibt.

Nun hat sich gezeigt, daß der Individualitätstypus, dem das interne Strukturprinzip der von mir untersuchten differenzierten „sozialen Kreise“ deren interne Bestimmungsfunktion erteilt, immer typisch fundiert war, in einem originären Individualitätstypus, in dem dieser soziale Kreis innerhalb eines anderen modalen Aspekts fungiert. Diese letztere Funktion wird darum in der Theorie der Individualitätsstrukturen die typische „Fundierungsfunktion“ seines inneren Strukturprinzips genannt. Die interne Bestimmungsfunktion und die interne Fundierungsfunktion sind also durch das betreffende Strukturprinzip in einen unverbrüchlichen struktur-typischen Zusammenhang gefügt und in diesem Zusammenhang bestimmen sie die innere Wesensart des sozialen Kreises, d. h. seinen invariablen „Stammtypus“, der sich in jeder seiner modalen Funktionen auf eigene Weise ausdrückt.

Wir wollen diesen Sachverhalt an zwei Beispielen verdeutlichen: Als erstes wählen wir die kognatische Familie in ihrem engsten Sinne, d. i. die Gemeinschaft, welche, wenigstens im Prinzip, nur ein Elternpaar und die aus deren Ehe geborenen und noch nicht erwachsenen Kinder umfaßt. Die niederländische Sprache hat, anders als die deutsche, französische oder englische, für diese engste Familiengemeinschaft

eine besondere Benennung, nämlich „gezin“. Das „gezin“ gehört, ebenso wie die Ehe und die kognatische Familie im weiteren Sinne, kategorial zu den natürlichen institutionalen Gemeinschaften. Seinem normativen Strukturprinzip gemäß zeigt seine interne Bestimmungsfunktion den Individualitätstypus einer moralischen Liebesgemeinschaft zwischen den Eltern und ihren unerwachsenen, auf ihre Obhut, Versorgung und Erziehung angewiesenen Kindern. Betrachten wir diesen Individualitätstypus der moralischen Liebesbeziehungen genauer, so ergibt sich sofort, daß er typisch fundiert ist in den organischen Lebensbeziehungen der direkten Abstammung, d. i. in einem biotischen Individualitätstypus originärer Art, der selbst keine Fundierung in einem Individualitätstypus einer anderen modalen Funktion dieser natürlichen Gemeinschaft zeigt. In seiner positiven Gestaltung kann das „gezin“ zweifelsohne auch Kinder umfassen, die in einer vorherigen Ehe ihres Vaters oder ihrer Mutter geboren sind, und ebenso Adoptivkinder. Diese Kinder sollen innerhalb der internen Sphäre dieser Gemeinschaft in derselben Weise wie vollbürtige behandelt werden. Denn hier kann nur das innere Strukturprinzip der natürlichen Familie in ihrem engstem Sinne maßgebend sein, was zur Gleichstellung von den nicht vollbürtigen Kindern mit vollbürtigen nach einem Alsob-Maßstabe führen muß. Dies impliziert nicht ohne weiteres Gleichstellung im bürgerlichen Privatrecht, da letzteres nur die externen zivilrechtlichen Beziehungen zwischen den Eltern und ihren (voll- oder nicht vollbürtigen) Kindern regelt, die außerhalb der internen Sphäre der betreffenden Gemeinschaft fungieren. Die internen Rechtsbeziehungen zwischen den natürlichen Mitgliedern dieser Gemeinschaft sind, dem inneren Strukturprinzip dieser letzteren gemäß, alle typisch moralisch qualifiziert¹³ und typisch biotisch fundiert. In ihrer rechtlichen Gestaltung werden sie aber im Rahmen einer differenzierten Rechtsord-

¹³ Diese typische moralische Qualifikation bedeutet, daß die internen Rechtsbeziehungen zwischen den Eltern und ihren Kindern sich unter der Leitung der typischen moralischen Bestimmungsfunktion der Gemeinschaft in ihrer typischen Art entfalten und erschließen sollen. Die regulativen moralischen Antizipationen innerhalb der modalen Struktur des juristischen Aspekts werden also durch das innere Strukturprinzip dieser Gemeinschaft typisiert.

In dieser Weise soll z. B. die Ausübung der elterlichen Disziplinargewalt der Leitung der elterlichen Liebe folgen, ohne ihren typischen Rechtscharakter und rechtlichen Maßstab preiszugeben. Typisch moralisch qualifizierte Rechtspflichten finanzieller Art können in ihrer enkaptischen

nung enkaptisch gebunden innerhalb der staatlichen Rechtssphären des bürgerlichen Privatrechts und des öffentlichen Rechts, und etwa innerhalb der internen Rechtssphären einer kirchlichen Gemeinschaft, einer Betriebsgemeinschaft, usw.

§ 3 *Das innere Strukturprinzip des Staates und dessen interne Rechtssphären.*

Als zweites Beispiel, an dem wir unsere Methode der typologischen Strukturanalyse, diesmal ausführlicher, illustrieren wollen, wählen wir den Staat. Der Staat gehört kategorial zu den differenzierten institutionellen Verbänden. Seinem inneren Strukturprinzip gemäß ist er ein typisch juristisch qualifizierter Verband, d. h. seine interne „Bestimmungsfunktion“ ist, wie ich in verschiedenen Werken ausführlich zu zeigen versucht habe, nur innerhalb seines rechtlichen Aspekts zu finden. Der Individualitätstypus dieser juristischen Bestimmungsfunktion, insofern er durch das innere Strukturprinzip selbst bestimmt ist, läßt sich umschreiben als „öffentlichrechtlicher territorialer Verband von mit obrigkeitlicher Rechtsgewalt bekleideten Organen und dieser Gewalt unterworfenen Untertanen“. In diese Umschreibung sind die juristischen Begriffe der Bürgerschaft und der Nationalität absichtlich nicht aufgenommen, weil diese Begriffe nur auf besondere Staatstypen bezogen sind, nämlich auf den bürgerlichen und nationalen, und nicht auf das Staatswesen überhaupt.

Betrachten wir nun den oben umschriebenen Individualitätstypus genauer. Der öffentlichrechtliche obrigkeitliche Typus der Rechtsgewalt ist in einer differenzierten menschlichen Gesellschaft nur dem Staatsverbände, seinem innerem Strukturprinzip gemäß, inhärent. Es gibt keinen anderen differenzierten Verband, in dem die Rechtsgewalt über Personen diesen besonderen Typus zeigt¹⁴. Der Staat soll innerhalb

Funktion innerhalb des bürgerlichen Privatrechts unter gewissen Bedingungen die Rechtsfolgen einer natürlichen Obligation haben. Dies ist seit 1926 in mehreren Entscheidungen des niederländischen Obergerichtshofes (des Hohen Rates) festgestellt worden.

¹⁴ Die sprachliche (besonders auf die römisch-katholische Kirche bezogene) Bezeichnung der kirchlichen Gewalthaber als geistliche oder kirchliche „Obrigkeit“ ist natürlich nicht entscheidend. Sie entstammt dem undifferenzierten mittelalterlichen Feudalsystem, in dem die „geistliche“ Gewalt der Kirche vielfach mit der „weltlichen“ vermischt war. In unserer Strukturanalyse handelt es sich um einen besonderen staatlichen Typus der Rechts-

seines Hoheitsgebietes das Monopol dieser typischen Rechtsgewalt haben, und die Träger dieser Gewalt können sie nur als ein öffentlich-rechtliches Amt, nicht als einen privatrechtlichen Vermögensbestandteil haben. Es ist darum, wie schon MAURICE HAURIOU bemerkt hat, sehr verwirrend, die undifferenzierten feudalen herrschaftlichen Verbände und im allgemeinen die sogenannten patrimonialen Reiche als Staaten zu bezeichnen. Der Staat ist seinem Wesen nach *res publica* und dieser Wesenszug des Staates hat nichts zu tun mit dessen Regierungsform¹⁵. Der öffentlichrechtliche obrigkeitliche Typus der staatlichen Rechtsmacht über Untertanen zeigt sich bei strukturtypologischer Analyse typisch fundiert in einem kulturhistorischen Individualitätstypus innerhalb des staatlichen Strukturprinzips, nämlich in der monopolistischen Organisation der Schwertgewalt innerhalb des staatlichen Territoriums. Letztere ist folglich die typische Fundierungsfunktion des Staates. Sie ist als solche nicht rechtlicher Art und soll also scharf unterschieden werden von der öffentlichrechtlichen Macht der Obrigkeit über die organisierte Schwertgewalt des Staates zu verfügen. Die organisierte Schwertgewalt im kulturhistorischen Sinne kann einer bisher legitimen Obrigkeit entweder teilweise und eine Zeit lang, oder völlig und endgültig abhanden kommen, indem z. B. die Leiter einer Revolution sich ihrer teilweise oder ganz bemächtigen, ohne anfänglich die öffentlichrechtliche Verfügungsmacht über sie zu haben. Aber kraft des strukturtypischen Fundierungsverhältnisses zwischen diesen beiden modal verschiedenen Machttypen ist der juristische Individualitätstypus der obrigkeitlichen Gewalt nicht ohne dessen inneren Zusammenhang mit dem kulturhistorischen zu fassen. Dies heißt, daß im Falle des endgültigen Verlustes der monopolistisch organisierten Schwertgewalt die bisherigen Träger der öffentlichrechtlichen Macht notwendig auch letztere einbüßen werden. Nicht weil die obrigkeitliche Rechtsmacht über Untertanen nur aus der nicht-rechtlichen monopolistischen territorialen Schwertgewalt entstehen könnte. Diese Annahme würde einen

macht über Personen, den wir als „öffentlichrechtlichen obrigkeitlichen Typus“ bezeichnen. Die Bedeutung, welche hier dem Adjektiv „obrigkeitlich“ beigelegt wird, ergibt sich, wie man sehen wird, aus dem strukturtypischen Zusammenhang dieses rechtlichen Machttypus mit der Fundierungsfunktion des staatlichen Strukturprinzips.

¹⁵ Daß man unrichtigerweise die Republik der Monarchie gegenüberstellt, läßt sich nur historisch aus der Tatsache erklären, daß die monarchische Regierungsform am längsten mit patrimonialen Auffassungen verbunden blieb.

juristischen Wunderglauben voraussetzen. Nur durch stetige tatsächliche Erfüllung des öffentlichrechtlichen Amtes der Obrigkeit kann eine revolutionäre Regierung, welche sich der monopolistisch organisierten Schwertgewalt des Staates endgültig bemächtigt hat, die Anerkennung ihrer obrigkeitlichen Rechtsmacht erwerben. Aber der zeitlichen Ordnung des staatlichen Strukturprinzips gemäß, geht die kulturhistorische Erwerbung des territorialen Monopols der Schwertmacht der Erwerbung der obrigkeitlichen Rechtsgewalt voran. Der Entstehungsprozeß der Staaten liefert eine durchgehende Bestätigung dieses Sachverhaltes.

Es muß einleuchten, daß im Rahmen der hier kürzlich beschriebenen strukturtypologischen Bestimmung des Staates, das alte Problem betreffend „das Verhältnis des Staates zum Recht“ sinnlos wird. Der „Staat überhaupt“ ist nur durch sein inneres Strukturprinzip bestimmt, das die Erfahrung jedes wirklichen Staatswesens in der Variabilität seiner sozialen Formen erst ermöglicht, und in diesem Sinne transzendente Bedeutung hat. Wenn diesem Strukturprinzip gemäß der Staat nach allen seinen modalen Aspekten ein typisch juristisch qualifizierter und typisch historisch in einer Machtorganisation fundierter Verband ist, wie können dann, wie z. B. GIERKE und SMEND, sei es auch von verschiedenen methodischen Standpunkten aus, behauptet haben, Staat und „Recht“ seien zwei selbständige und spezifisch verschiedene, obschon untrennbar verbundene „Seiten“, oder „Provinzen“ des Gemeinlebens? Wie kann dann der Staat nur als ein historisch-politischer Machtverband verstanden werden, in dem Gesetzgebung und Justiz in gewissem Sinne eigentlich „Fremdkörper“ sein würden, wie SMEND in seinem bekannten Buche *Verfassung und Verfassungsrecht* behauptet hat? Und wie konnte dann andererseits von Kelsen behauptet werden, daß der Staat sich nur als ein normlogisches System von Rechtssätzen verstehen lasse, dessen logische Einheit und Geschlossenheit auf eine Grundnorm zurückzuführen sei? Diese sich polar gegenüber stehenden Staatsauffassungen zeigen das Fehlen einer wesentlichen Einsicht in das innere Strukturprinzip dieses Verbandes.

Andererseits wird, wenn man die Frage stellt, wie der Staat sich „zum Recht“ verhält, ganz übersehen, daß auf einem differenzierten Kultur-niveau das positive Recht eine große Verschiedenheit typischer und ursprünglicher Rechtssphären zeigt, deren typische Art durch die inneren Strukturprinzipien der „sozialen Kreise“ bestimmt ist, denen sie zugehören. Es gibt staatliches, zwischen- bzw. überstaatliches, und nicht-staatliches Recht von verschiedener typischen Art.

Es ist also sinnlos von „dem Recht“ zu sprechen, wenn man nicht die allgemeine modale Struktur einer Rechtsordnung meint, sondern vielmehr das gesamte positive Recht, das sich innerhalb einer bestimmten Gesellschaft, insofern sie an ein bestimmtes staatliches Territorium gebunden ist, zu einer bestimmten Zeit geltend macht. Denn dieses Recht läßt sich nicht als ein einheitliches System fassen, wie man auf der Grundlage eines dogmatischen Souveränitätsbegriffes gemeint hat. Es gibt keine positive Rechtsordnung, sei es von staatlichem, sei es von zwischen- oder überstaatlichem Charakter, der die internen Rechtssphären aller anderen „sozialen Kreise“ als bloße (von ihr delegierte) Teilordnungen einverleibt werden könnten. Die entgegengesetzte Ansicht versucht eine „Einheit des rechtlichen Weltbildes“ zu konstruieren auf Kosten der inneren Strukturverschiedenheit der originären Rechtssphären, die sich in einer differenzierten Gesellschaft nicht von einer einzigen „souveränen“ herleiten lassen. Ohne Zweifel hat die Differenzierung des sozialen Lebens auch innerhalb dessen rechtlichen Aspekts ihre Kehrseite in einer zunehmenden Integrierung. Aber diese Integrierung kann nicht geschehen in der Weise einer Nivellierung der ursprünglichen Rechtssphären, deren typische Eigenart und innere Grenzen durch die Strukturprinzipien der sozialen Kreise bestimmt sind, denen sie zugehören.

Das moderne bürgerliche Privatrecht ist als *jus commune* ein staatliches Integrierungsrecht im Verhältnis zu jedem besonderen, nicht-staatlichen Privatrecht, insofern dies sich innerhalb des Staatsgebietes geltend macht, wie z. B. das interne Recht der kirchlichen Verbände, das interne Betriebs- oder Handelsrecht, das interne Recht der Gewerkschaften usw. Dies heißt, daß diese nichtstaatlichen Rechtssphären, kraft der „territorialen Enkapsis“ der respektiven nicht-staatlichen sozialen Kreise innerhalb des Staatsverbandes, einer „enkaptischen Bindung“ nicht nur innerhalb des öffentlichen staatlichen Rechts, sondern auch innerhalb des integrierenden bürgerlichen Privatrechtes, unterworfen sind. Aber wie weit erstreckt sich die integrierende Funktion dieses Rechts? Ihre Grenzen sind durch die innere typische Art des bürgerlichen Privatrechts selber bestimmt, das nur *jus commune* sein kann, insofern es nicht durch eine typische außer-juridische Bestimmungsfunktion qualifiziert ist. Alle nicht-staatlichen Sphären des Privatrechts sind eben durch solch eine typische außer-juridische Qualifikation charakterisiert. Gleichviel, ob sie kategorial den gemeinschaftlichen oder den gesellschaftlichen Rechtskreisen an-

gehören, ihre besondere außerjuristische Qualifikation gibt ihnen das Gepräge eines *jus specificum*. Das interne Kirchenrecht¹⁶ z. B. ist typisch qualifiziert durch die innere Bestimmungsfunktion der Kirche als christlicher Glaubensgemeinschaft, amtlich organisiert im Dienste des Wortes und der Sakramente. Nicht die juristischen Entstehungsformen dieses Rechts sind entscheidend für die Bestimmung der Grenzen der internen originären Rechtssphäre der Kirche. Denn diese Entstehungsformen sind eben Knotenpunkte enkaptischer Verflechtungen zwischen den kirchlichen und den nicht-kirchlichen Rechtskreisen. Es ist ausschließlich das interne Strukturprinzip des institutionellen Glaubensverbandes in dessen neutestamentlicher bindender Gestaltung durch Christus und seine Apostel, das hier das Kriterium gibt. Eine kirchliche Steuererhebung zum Beispiel kann niemals zur ursprünglichen inneren Rechtssphäre der Kirche gehören, abgesehen von der Frage, ob sie etwa in der Form einer kirchlichen Rechtsregelung verordnet sei. Denn Steuererhebung ist ein öffentlichrechtlicher Hoheitsakt, der obrigkeitliche Gewalt über Untertanen voraussetzt. Sie widerstreitet der inneren Art der Kirche. Nur Rechtsvorschriften, welche auf der Grundlage der biblischen Weisungen die amtliche Organisation der Kirche, die Feststellung, Aufrechterhaltung und eventuelle Revision ihrer Lehre, sowie die Ausübung der durch den christlichen Glauben qualifizierten Disziplinargewalt der Kirche über ihre Amtsträger und Mitglieder regeln, gehören dem internen Rechtskreise des kirchlichen Verbandes an.

Das interne (nicht-staatliche) Betriebs- und Handelsrecht, das wir als zweites Beispiel eines spezifischen Privatrechts erwähnten, ist in seiner Korrelation von gemeinschaftlichen und gesellschaftlichen Rechtssphären typisch ökonomisch qualifiziert. Die zunehmende Differenzierung dieser internen Rechtssphären hat ihre Kehrseite in einer zunehmenden Integrierung, die selber typisch ökonomisch qualifiziert ist und sich sowohl auf nationalem als internationalem Niveau geltend macht. Man denke nur an die privatrechtlichen Organisationen der Unternehmer innerhalb der verschiedenen Geschäftszweige und deren internes Recht, an die integrierende Funktion der Modellkontrakte, der „allgemeinen Bedingungen“, der Usances in den verschiedenen Zweigen des Handelsverkehrs, usw.

Diese spezifische integrierende Funktion kann das bürgerliche Privatrecht nicht haben, ebensowenig wie es die spezifische Integration des

¹⁶ Ich meine hier das interne Recht einer institutionellen Kirche.

Kirchenrechts innerhalb der römisch-katholischen Kirche und innerhalb der protestantischen Kirchen derselben Konfession bewirken kann. Aber als „gemeines“ Recht verleiht es dem nicht-bürgerlichen Privatrecht auch zivilrechtliche Wirkung unter der Bedingung, daß es in dieser enkaptischen Funktion innerhalb des Zivilrechts den zwingenden Vorschriften des letzteren und des öffentlichen Rechts nicht widerstreitet. Diese Bedingung ist aber einer wichtigen Einschränkung unterworfen, nämlich, daß der staatliche Gesetzgeber mit seinen zwingenden Bestimmungen die inneren Grenzen seiner Rechtsmacht nicht überschritten hat. Sonst wird das nicht-bürgerliche Privatrecht immer Wege finden, sich wider solche Überschreitungen durchzusetzen, vorausgesetzt, daß die sozialen Kreise, denen die nichtbürgerlichen privaten Rechtssphären angehören, nicht einer totalitären Staatsmacht zum Opfer gefallen sind. Aus dem niederländischen nicht-staatlichen Betriebsrecht z. B. lassen sich verschiedene Beispiele solcher siegreichen Durchsetzung wider zwingende Bestimmungen des Bürgerlichen und Handelsgesetzbuches anführen. Sie haben entweder die Aufhebung, resp. Einschränkung solcher gesetzlichen Bestimmungen veranlaßt, oder, sogar ohne formelle Gesetzesrevision, in der bürgerlichen Rechtsprechung und Verwaltungspraxis Anerkennung gefunden. Ich erwähne hier z. B. die Kredithypothek, welche im Widerspruch mit art. 1221 des niederländischen bürgerlichen Gesetzbuches Eingang gefunden hat; das besitzlose Sicherheitsrecht an beweglichem Gut, welches sich mittels Modellkontrakte (der sogenannten „Brauerei-Inventarkontrakte“) im Kreditverkehr zwischen den großen Bierbrauereien und dem Café-Restaurantbetriebe in der Form eines Scheinkaufes Eingang verschafft hat und, trotz seines materiellen Widerspruchs mit art. 1198 j^o art. 1196 B.W., vom „Hohen Rat“ anerkannt wurde; die Einbürgerung der sogenannten „bürgerlichen“ Aktiengesellschaften im Brauereigewerbe ungeachtet der zwingenden, erst in 1928 aufgehobenen, Bestimmung des Handelsgesetzbuches, welche die Aktiengesellschaften an einen kaufmännischen Zweck band, der nur Warenhandel umfassen sollte; die amtliche Vereidigung der Häuser- und Grundstücksmakler, in offenem Widerspruch mit der früheren gesetzlichen Bestimmung des Maklergeschäftes, welche den Maklerberuf auf die Ausführung im Namen eines Prinzipals von Aufträgen betreffs beweglichen Gutes beschränkte, usw.

Das bürgerliche Privatrecht, als Normensystem, ist, ebenso wie das aufs engste mit ihm verbundene Zivilprozeßrecht und das bürgerliche Handelsrecht, seinem inneren Charakter gemäß kein gemeinschaft-

liches, sondern ein gesellschaftliches Recht, obschon es nach seinen juristischen Entstehungsformen zweifelsohne von staatlichen Verbandsorganen gebildet und angewandt wird. Aber, wie wir gesehen haben, sind es nicht diese Entstehungsformen, welche die innere Art einer Rechtssphäre bestimmen. In der juristischen Form eines bürgerlichen Gesetzbuches ist ja das bürgerliche Privatrecht (namentlich das bürgerliche Familien- und Personenrecht, aber auch das Vermögensrecht) sowohl mit öffentlichem Recht als auch mit nicht-staatlichem Privatrecht verflochten und diese enkaptischen Verflechtungen zeigen im heutigen Rechtsleben eine zunehmende Verwicklung. Seiner inneren dynamischen Art nach hat es aber die endgültige, erst stufenweise realisierte, Bestimmung, den Menschen als solchen innerhalb des Staatsgebietes eine Rechtssphäre zu sichern, in der ihre privaten gesellschaftlichen Rechtsbeziehungen auf der Grundlage der zivilrechtlichen Prinzipien der persönlichen Freiheit und Gleichheit nach allgemeinen, d. i. nicht metajuristisch qualifizierten, Rechtsnormen und (unbeschadet der Forderungen der Rechtssicherheit) unter Leitung der praktischen Rechtsidee geregelt sind.

Das Prinzip der persönlichen zivilrechtlichen Freiheit bedeutet, daß jeder Mensch innerhalb der bürgerlichen Privatrechtssphäre als Rechtssubjekt anerkannt werden soll, und daß diese zivilrechtliche Funktion seiner Rechtssubjektivität niemals von deren internen verbandsrechtlichen Funktionen absorbiert werden darf, so daß er seine bürgerlichen subjektiven Rechte und rechtlichen Ansprüche auch den sozialen Verbänden (also auch dem Staat selber) gegenüber geltend machen kann, nötigenfalls mittels eines Zivilprozesses.

Das zivilrechtliche Prinzip der Gleichheit, das unzertrennlich mit dem Grundsatz der persönlichen Freiheit verbunden ist, besagt, daß der Genuß der bürgerlichen Rechte, ebenso wie die Gebundenheit an die zivilrechtlichen Pflichten, unabhängig sein soll von Staatsbürgerschaft, Nationalität, Rasse, Stand und Konfession, so daß in dieser Hinsicht jedes Rechtssubjekt (auch die sogenannte juristische Person) jedem andern juristisch gleichgestellt wird¹⁷.

Durch diese beiden Rechtsprinzipien, welche sich nur auf der Grundlage eines stark fortgeschrittenen Differenzierungs- und Integrierungs-

¹⁷ Daß dieser Grundsatz in den modernen Gesetzbüchern nicht immer konsequent durchgeführt ist, ist bekannt. Das läßt sich aber von jedem dynamischen Rechtsprinzip sagen, sofern es mit anderen harmonisiert werden soll.

prozesses der sozialen Verhältnisse durchführen lassen, unterscheidet sich das moderne bürgerliche Privatrecht seiner typischen dynamischen inneren Art nach grundsätzlich vom primitiven Volksrecht, in dem der Fremde rechtlos und friedlos war. Es findet seinen geschichtlichen Prototyp nicht im alt-römischen *ius civile*, dessen Grundlage das Zwölftafelgesetz (ein primitives undifferenziertes römisches Volksrecht) war, sondern im römischen *ius gentium*, das von den klassischen römischen Juristen, insofern sie sich darüber ausgesprochen haben, in engem Zusammenhang mit dem kosmopolitischen stoischen *ius naturale* gesehen wurde. Unter Einfluß dieses nicht an die römische Staatsbürgerschaft gebundenen Rechts hat sich auch das *ius civile* allmählich gründlich umgebildet, bis es in JUSTINIANS Kodifikation ganz ins *ius gentium* aufgelöst wurde. Aber auch das römische *ius gentium* hat wegen der Anerkennung der Sklaverei die Grundsätze der bürgerlichen Freiheit und Gleichheit nur in beschränktem Maße durchgeführt. Erst unter dem mächtigen Einfluß der von JOHN LOCKE begründeten naturrechtlichen Lehre der Menschenrechte wurde die Unvereinbarkeit der Sklaverei und der undifferenzierten Hörigkeitsverhältnisse, die in den Städten, infolge der Umwandlung der wirtschaftlichen Lage, schon lange verschwunden waren, mit den Grundsätzen des bürgerlichen Privatrechts vom Gesetzgeber nachdrücklich anerkannt.

Im XX. Jahrhundert haben die Grundsätze der bürgerlichen Freiheit und Gleichheit eine noch inhaltsreichere Bedeutung in bestimmten Teilen des bürgerlichen Privatrechts erlangt, namentlich seitdem auch der individuelle und Kollektivarbeitsvertrag vom Gesetzgeber an zwingende zivilrechtliche Regeln gebunden, bzw. mit zivilrechtlicher Wirkung belegt wurden, wodurch die im Zeitalter des wirtschaftlichen Individualismus tatsächlich fiktive, weil bloß formelle zivilrechtliche Freiheit der Arbeiter als Kontrahenten einen materiellen Sinn bekam. Diese sogenannte „soziale“ Entwicklung des bürgerlichen Privatrechts, im Sinne einer Schützung der persönlichen Freiheit der wirtschaftlich Schwächeren, hat ihre Grenze in der gesellschaftlichen Art dieses staatlichen Rechts. Die Kollektivverträge enthalten nicht selber bürgerliches Privatrecht, sondern haben als nicht-staatliches Arbeitsrecht nur eine enkaptische Funktion in diesem staatlichen Rechtskreise bekommen, indem ihnen auch zivilrechtliche Verbindlichkeit beigelegt wurde. Dies war nur möglich auf Kosten der individuellen Vertragsfreiheit, welche für die übergroße Mehrheit der Arbeiter, so lange sie nicht in Gewerkschaften organisiert waren, nur eine Fiktion gewesen war. Die zivilrechtliche

Verbindlichkeit der Kollektivverträge reicht aber, im Gegensatz zu der öffentlichrechtlichen, nicht weiter als die kontrahierenden Parteien und ihre Mitglieder, obschon die bei den Kollektivverträgen beteiligten Arbeitgeber auch in ihren individuellen Arbeitsverträgen mit nichtorganisierten Arbeitern an die Bestimmungen der Kollektivverträge gebunden sind, es sei denn, daß die letzteren diese Gebundenheit ausgeschlossen haben. Besonders eingreifend in die individuelle Kontrahierungsfreiheit ist die Regelung der Pachtverhältnisse im niederländischen Pachtgesetz vom 23. Jan. 1958, S. 37, (zum letzten Male revidiert beim Gesetze vom 29. Nov. 1962, S. 514), das jeden Pachtvertrag der Genehmigung der sogenannten Grundkammer unterwirft, welche Genehmigung im allgemeinen verweigert werden soll, falls der Vertrag den gesetzlichen Forderungen nicht genügt. Diese Forderungen beabsichtigen einerseits den Schutz des Pächters vor übermäßigen Pachtpreisen und andern exzessiven kontraktlichen Bedingungen, andererseits den Schutz allgemeiner landwirtschaftlicher Interessen. Die Grundkammer kann auch Abänderungen im vorgelegten Pachtvertrag vornehmen. Die Pachtfrist kann auf Antrag des Pächters von der Pachtammer des Kantongerichtes unter bestimmten Bedingungen verlängert werden.

Handelt es sich in den beiden obigen Beispielen um Eingriffe in die individuelle Vertragsfreiheit zu Gunsten der wirtschaftlich schwächeren Partei, die sogenannten *contrats d'adhésion* zeigen deutlich die übermächtige Stellung der organisierten Unternehmer in ihren kontraktlichen Beziehungen zu denjenigen, die ihre wirtschaftlichen Dienste brauchen. Dennoch bedeutet die enkaptische Bindung des in diesen Kontrakten enthaltenen nicht-staatlichen Wirtschaftsrechts an zwingende Normen des bürgerlichen Obligationenrechts eine Garantie gegen Mißbrauch dieser Machtstellung, insofern die Verletzung dieser Normen die gänzliche, bzw. teilweise zivilrechtliche Nichtigkeit, resp. die Möglichkeit der Nichtigkeitserklärung, der betreffenden Verträge herbeiführt. Besonders zu erwähnen sind hier § 138, Abs. 2, des deutschen BGBs und Art. 21 des schweizerischen Obligationenrechts. Die niederländische Rechtsprechung hat sich ohne diese gesetzliche Grundlage in derselben Richtung entwickelt¹⁸.

¹⁸ Vgl. z. B. H. R. 11. Jan. 1957, N. J. 1959, 37; Hofs' Hertogenbosch 8. Dez. 1959, V. R. 1959, 137.

Der in diesen Entscheidungen hantierte Begriff „Mißbrauch der Umstände“ ist den §§ 3, 2, 10 Abs. 4 des Entwurfs MEYERS und des Reg. Entwurfs eines neuen B. G. B.s entlehnt.

Das bürgerliche Privatrecht ist aufs engste mit dem öffentlichen Recht des Staates verflochten. Es ist im letzteren fundiert, da seine juristischen Entstehungsformen öffentlich-rechtlicher Art sind. Das interne öffentliche Recht eines Staates ist ein öffentliches Verbandsrecht, und es umfaßt als solches Organisations- und Handlungsnormen. Erstere regeln die rechtliche Organisation der obrigkeitlichen Gewalt nach deren verschiedenen öffentlichrechtlichen Funktionen (gesetzgebenden, verwaltungs- und richterlichen), letztere regeln die Ausübung dieser Gewaltfunktionen und die öffentlichrechtlichen Verhältnisse zwischen Obrigkeit und Untertanen. Ist der Staat, seinem normativen Strukturprinzip gemäß, durch seine öffentlichrechtliche Gesamtfunktion qualifiziert, so kann auch sein öffentliches Verbandsrecht, dessen innerer Art nach, nicht metajuristisch qualifiziert sein, ebensowenig wie seine bürgerliche Privatrechtssphäre es sein könnte.

Das ist der einzig mögliche Sinn des bekannten Postulats: „Der Staat soll Rechtsstaat sein“, insofern es in dem inneren normativen Strukturprinzip dieses institutionalen Verbandes begründet ist. Es hat also in diesem Struktur-typologischen Sinne nichts zu schaffen mit einer Bestimmung des sogenannten „Staatszwecks“, den der Grundleger der altliberalistischen naturrechtlichen Staatslehre, JOHN LOCKE, in der Regelung und Schützung der angeborenen Menschenrechte gesucht hatte.

Die subjektiven Ziele, welchen der Staat nachstreben soll, lassen sich sicher nicht in dieser naturrechtlichen Weise *a priori* auf einen einzigen oder nötigenfalls auf eine Dreizahl (wie z. B. CHR. WOLFFS *vitae sufficientia, tranquillitas, securitas*) beschränken. Diese naturrechtlichen Bestimmungen des „Staatszwecks“ verkannten den institutionalen Charakter des Staates und konstruierten diesen letzteren als eine freiwillige Vereinigung, deren juristische Entstehungsform der (etwa mit einem Unterwerfungsvertrag und einem Vertrag bezüglich der Regierung verbundene) Gesellschaftsvertrag sein würde, in dem die Zweckbestimmung der Vereinigung dann natürlich ein konstitutiver Bestandteil wäre.

Es gibt auch keinen sogenannten „objektiven Wesenszweck“ des Staates, der, wie ARISTOTELES meinte, dessen innere Art bestimmen könnte und von ihm in seiner *Politica* als das $\epsilon\nu\ \xi\eta\nu$ bezeichnet wurde, in Zusammenhang mit seiner Ansicht, daß die griechische polis eine autarke „*societas perfecta*“ sein sollte. Denn es gibt in dieser Welt keine „vollkommene“ Gemeinschaft in diesem aristotelischen Sinne, welche alle anderen Gemeinschaften als, ihr dienstbare, Teile umfassen könnte.

Und selbst wenn es eine solche gäbe, so würde deren innere Art doch nicht durch ihren Zweck bestimmt sein. Jeder Zweck den der Staat verfolgen soll, jede Aufgabe welche er zu erfüllen hat, setzt die innere Wesensart dieses Verbandes voraus. Und es ist sein internes Strukturprinzip, das die Weise bestimmt, auf die der Staat sich innerhalb dessen interner Verbandssphäre seine Zwecke setzen und sie verfolgen und ausführen soll, nämlich unter Leitung öffentlichrechtlicher Grundsätze und kraft seiner obrigkeitlichen, in seiner kultur-historischen Schweregewicht fundierten, Rechtsmacht.

Dies heißt, daß der Staat als *res publica* seine innerpolitischen Zwecke nur im Rahmen des „öffentlichen Gemeinwohls“ (*salus publica*) bestimmen und verfolgen soll, und daß letzteres, wenn es nicht zum Schlagwort eines ungezügelt Staatsabsolutismus entarten soll, nur ein typisches *rechtlich qualifiziertes* Prinzip sein kann, dessen rechtliche Qualifikation aus der internen Bestimmungsfunktion des Staatswesens hervorgeht.

KANT war, meines Wissens, der erste Denker der die *salus rei publicae* als ein Rechtsprinzip gefaßt hat, oder besser gesagt, wie er selbst es formulierte, als „den Zustand der größten Übereinstimmung der Verfassung mit Rechtsprinzipien, als nach welchen zu streben uns die Vernunft durch einen kategorischen Imperativ verbindlich macht“ (*Met. Anfangsgründe der Rechtslehre*, 49). Er stellte diese vernunftrechtliche Auffassung der *salus publica* jeder utilitaristischen oder eudaemonistischen gegenüber.

Das Prinzip der *salus publica* ist aber nicht nur auf die Gestaltung der Staatsverfassung, sondern ganz allgemein auf die Tätigkeit des Staates in der Verfolgung dessen innerpolitischer Zwecke bezogen.

Als teleologisches Prinzip kann es nicht *nur* Rechtsprinzip sein; aber seine typische öffentlichrechtliche Qualifikation impliziert, daß es die Integrierung und Harmonisierung der verschiedenen innerpolitischen Zwecke erfordert *unter Leitung* öffentlichrechtlicher Prinzipien. Diese rechtliche Qualifikation tritt besonders hervor in der Verwaltungsgerechtheit, falls nicht nur die Rechtmäßigkeit der Verwaltungsakte sondern auch deren Berücksichtigung des öffentlichen Wohles der Kontrolle des Verwaltungsgerichtes unterstellt ist. Denn hier kann es sich jedenfalls nicht handeln um eine verwaltungsgerichtliche Überprüfung der Verwaltungsakte nach bloß metarechtlichen Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten, was sicher keine richterliche Aufgabe sein kann, sondern nur um eine, durch Interessenabwägung nach öffentlichrechtlichen

Grundsätzen qualifizierte, Ermessensprüfung. Dasselbe gilt falls der obersten Verwaltungsbehörde die Rechtsmacht zusteht, Verfügungen oder Verordnungen niederer Behörden zu annullieren, nicht nur auf Grund von deren Gesetzwidrigkeit, sondern auch auf Grund, daß sie dem öffentlichen Interesse widerstreiten.

Auf die dynamischen und reich variierten öffentlichrechtlichen Grundsätze der modernen Verwaltungsgerichtsbarkeit, wie sie sich in verschiedenen Staaten entwickelt hat, kann hier leider nicht näher eingegangen werden.

Ich hoffe aber, daß es mir wenigstens einigermaßen gelungen ist, zu zeigen, daß die Philosophie der Gesetzesidee auch der alten Streitfrage bezüglich der Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht und deren gegenseitigem Verhältnis eine neue rechts- und sozialphilosophische Grundlage gegeben hat.

HERMAN DOOYEWEERD

The Philosophy of the Cosmomic Idea and its Importance
for the Philosophy of Law and the Social Philosophy

Continuation and End

Summary

1. In the first section of the second part of this treatise the modal structure of the juridical aspect of experience is subjected to an epistemological analysis. Not only the legal norms but also the legal facts have their modal structure which determines their general juridical character. The analysis of the modal structure of the juridical mode of experience with regard to its normative as well as to its factual side is necessary to obtain a correct concept of the juridical in its transcendental sense. This epistemological concept has no constitutive significance for the juridical mode of experience since it presupposes the latter. But it is of fundamental importance for theoretical jurisprudence as far as it serves as the basis of and the guide to its general methodology.

The still current attempts to define the fundamental concept of law *per genus proximum et differentias specificas* cannot be successful, because this method is completely unfit for the analysis of the modal structure of a transcendental mode of experience. Of course, in order to come to a conceptual distinction between the juridical and the other transcendental modal aspects of our experiential world we need a denominator of comparison, to know what they have in common as far as their modal structures are concerned. But this common trait cannot be of a generic nature since the transcendental aspects have no modes of experience still more general which are superior to them. As the modal structure of one aspect is inserted in an indissoluble coherence of meaning with that of all the others, the denominator of comparison looked for must have an integral character, *i. e.* it must embrace the aspects all and sundry and at the same time guarantee their mutual irreducibility and their intermodal coherence of meaning.

In my opinion it is only the transcendental temporal order of the aspects which meets these requirements and which has its expression in the modal structure of each of them.

The choice of this intermodal transcendental temporal order as denominator of comparison implies, as it can easily be seen, a completely new method to determine the "concept of law". The fundamental "concept of law" ought to be a transcendental structural concept of the juridical mode of experience. The modal structure of this latter cannot be conceived by an arbitrary selection of some of its analogical moments which, being detached from their modal meaning-kernel, are all multivocal. It is an indissoluble dynamical and open meaning-whole, by which all analogical moments are arranged according to the transcendental temporal order of the aspects to which they refer and where, in their indissoluble intermodal coherence, they are determined and qualified by the meaning-kernel of the respective aspect. The distinction between the retrociproary and the anticipatory moments within modal structure enables us to determine the place of the juridical aspect within the total order of the modal aspects. By this way the philosophical idea of an encyclopedia of legal science within the framework of a universal "*Wissenschaftslehre*", which in post-kantian idealism had got into speculative roads, has acquired a new sense and basis.

Since the anticipatory moments of the modal structure can only open up and deepen the modal meaning of the juridical aspect, they have

no constitutive, but only a regulative function within this experiential mode. Within the modal limits of the juridical they express the coherence of meaning between the legal and the deepened moral and pistical aspects according to the dynamical principles of justice. The systematic analysis of the modal structure leads to the discovery of the elementary modal basic concepts of legal science. They are to be distinguished from the categorial concepts which do not relate to particular moments of the modal structure, but are founded on general categorial relations of the temporal order of experience, and which adopt the modal meaning of the latter within the juridical aspect. These categorial relations may be reduced to three, viz.: 1. the correlation of the juridical and the factual side of temporal experience; 2. the subject-object relations; 3. the correlation of arising and perishing which delimits the temporal duration of all transitional. Categorial juridical basic concepts of this kind are the concepts of legal norm and juridical fact, legal validity and legal relations, legal subject and legal object, right and legal duty, legal arising and legal perishing. These modal juridical basic concepts, too, display an unbreakable mutual connexion. Their modal meaning can only be analysed by means of the elementary modal basic concepts.

The method of conceptional determination of the juridical mode of experience developed above can, of course, not lead to a concept of law which might be put into a short and simple definition. But this does not involve any loss, for, the current "simple" definitions leave the modal structure of the juridical aspect out of consideration. Consequently they are either entangled in the ambiguity of unqualified analogical conceptual elements of a non-juridical nature, or they adopt, by the definition of the juridical, conceptual elements which typically relate to the state, which amounts to an evident confusion of the modal structure with a definite social individuality-structure.

2. By its theory of individuality-structures and their encaptic interlacements ("Verflechtungen") the philosophy of the Cosmonomic Idea has provided both the philosophy of law and social philosophy with a new method to develop a typology of the different spheres of human social life and their particular internal juridical orders together with their complicated mutual interlacements.

Just like the modal structures the structures of individuality own the character of an open dynamical meaning-whole. But the latter show a gradually descending arrangement after higher and lower

structural types in which they are more and more individualized. The most comprehensive of these types is the so-called radical type of the individuality structure. It determines the modal aspect within which the individual whole, according to its inner structural law, has its central and guiding internal function. This latter indicates the typical direction which its other modal functions take when they unfold their meaning by their gradual individualization. It gives the structural whole its typical qualification and is therefore called its "qualifying function". This qualifying and leading function is sharply to be distinguished from the objective or subjective ends to which the individual whole is, or may be made, subservient.

The so-called kingdom of inorganic nature, the vegetable and the animal kingdom are radical-types of pre-logical qualification. There does, however, not exist a radical type of man, because the human existence is not qualified by some of its temporal modal functions or others, but transcends the modal diversity of the temporal world in its religious centre. For that very reason the human social relations, quite opposite to the animal, may adopt the most different individuality structures. The radical types of the temporal social relations among men are of a normative character. Consequently, the individuality-structures comprised by them are, as far as they are founded in the essential nature of these relations and as far as their law-side is concerned, normative structural principles needing human shaping and positivation an accordance with the level of the cultural-historical development of the society concerned. The products of this shaping are the "social forms" which may be distinguished into genetic and existential ones.

They show a variable character which does not exclude a relative stability, and they are the nodal points of numerous interlacements between the social relations of different inner nature and structure. In the theory of the individuality-structures these interlacements wherein these relations come to display so-called variability types, are called "encaptic interlacements". The term "enkapsis" is taken from the swiss biologist HEIDENHAIN, but in the philosophy of the Cosmonomic Idea it has acquired a quite different sense. The relation of "enkapsis" is, in contrast to Heidenhain's view, sharply opposed to the relation between a whole and its parts.

If a system of social relations with a definite structure of individuality (e. g. matrimony, the church) is bound encaptically

within another system of different inner nature (e. g. the state), it will get an encaptic function within the latter which does not belong to its inner sphere. Within its internal sphere which is determined and delimited by its inner structural principle, it has a "sovereignty within its own sphere", *i. e.* in this respect it has to follow exclusively its own inner structural principle.

As far as it has an internal typical legal sphere it may claim, within the latter, an original juridical power or competence which consequently is not derived from another legal sphere.

The variability types which are adopted by the different social spheres and their encaptic functions, do principally not determine their inner-nature. They presuppose the so-called primitive types or genotypes of these spheres which are determined by their internal structural principles.

In the philosophy of the Cosmomic Idea the analysis of these genotypes it founded on some primary distinctions of the social relations, which make possible a division of the latter into fundamental categories. The most fundamental of these social categories is that of communal and inter-individual or inter-communal relations, a distinction which implies both a correlation and a contrast. The former comprise all social relations belonging to a more or less durable whole that joins its members within a social unity, irrespective of the degree of intensity of the common bond.

Intercommunal or inter-individual relations are those in which individual persons or their communities are functionally united without being tied to a social whole.

Categorially the communal relations are first divided into the "natural", which do not need any organization because they are founded on organic life-relations, and those which, in a typical cultural-historical way, are based on an organized powerformation. According to the current german sociological terminology the latter are called "*soziale Verbände*".

The second categorial distinction of the communal relations is that of institutional and non-institutional communities. Institutional communities are those in which their members live either during the whole of their life or during a part of it, irrespective of their free choice and will. Subjective aims do not have a necessary or constitutive function in their genetic forms. The non-institutional, on the other hand, are based on the principle of free joining and leaving.

Subjective aims participate constitutively in their genetic forms. According to the historico-cultural level of development both the communal and the inter-individual or inter-communal relations are divided into differentiated and undifferentiated.

On the basis of the above mentioned social categories the further structural typological analysis of the differentiated spheres of social relations is tied to an examination of the individuality-types, which gradually adopts the internal "qualifying function" of its structure. The primary individuality-type of this function is determined by the internal structural principle of the social sphere, in which the inner nature of the latter finds its expression. As this individuality-type within the qualifying modal aspect of the structural principle seems to lack an original character and to be founded on an original individuality-type in which the respective social sphere functions within another modal aspect, this latter function is called the typical "basic function" ("Fundierungsfunktion") of the internal structural principle. The internal leading or qualifying function and the basic or foundational function are consequently the two characteristic functions which, by their typical structural coherence, determine the internal nature of the social sphere concerned.

On the basis of the fundamental typology of the differentiated social spheres, set up according to their inner structural principles, the philosophy of the Cosmonomic Idea has developed a typology of their internal legal spheres. The juridical genetic forms of the legal norms do not offer any criterion for the delimitation of these legal spheres, because they are the nodal points of their encaptic interlacements.

In the second section there are particularly examined the internal sphere of civil law and the encaptic functions of the different spheres of non-civil private law within the former.

3. In the third section finally, the relation between the civil private law and the internal public law of the State is subjected to a structural typological analysis. The typical foundation of the former on the latter becomes already clear from the juridical genetic forms of the civil legal norms (statute und judiciary sentence) which presuppose the public legal organization of the State. As to its typical inner nature, however, it does not belong to the internal sphere of public communal law of the body politic, though it is encaptically interlaced with it by various ways.

It rather shows the typical structure of a private common law of an

integrant character which, in contrast to the other spheres of private law, is not qualified by a specific meta-juridical function. In other words: it has an integrating function with respect to the different spheres of non-civil private law which all are typically qualified by the particular meta-juridical leading function of the social sphere to which they belong.

This intergrating function, however, has no effect beyond the inner nature of civil law. It cannot replace, *f. i.*, the typical economically qualified integration of private industrial and commercial law by means of standard contracts, usual conditions, *etc.* The latter do not contain civil law but a *ius specificum*, which can only have an encaptic function within the civil law sphere of the State.

The internal public law of the State is a typical communal law whose inner nature can only be understood from the structural principle of this organized and differentiated community.

In accordance with this principle the State may be defined as the organized public legal and territorial community of authorities ("Obrigkeit") and subjects, on the cultural historical basis of a monopolist organization of the sword power. The first part of this definition refers to the typical leading and qualifying function, the second to the typical basic function of the body politic.

As the typically structural coherence between these two characteristic functions is indissoluble, it does not make sense to conceive the State either as a non-juridical politico-historical organization or as a system of legal norms only. The conception of Otto Gierke and Rudolph Smend, according to which "State" and "law" are two independent, specifically different aspects of communal life shows a lack of insight into the inner structural principle of the body politic.

By virtue of the typical juridical qualification of its structural principle the State should be a "State of Law" ("Rechtsstaat"). This means that the public welfare as guide of the governmental policy also needs the inner limitation and leading by public legal principles, if it shall not degenerate into the political maxim of an unbridled political absolutism. The administrative law, too, should be founded on material, not metajuridically qualified public legal principles of justice and should not be conceived as a purely formal limitation of the administrative activity of the governmental organs.

These principles play a more and more important part in modern administrative jurisdictions.

HERMAN DOOYEWEERD

La Philosophie de l'Idée de Loi et son Importance pour la Philosophie
du Droit et la Philosophie Sociale*Suite et Fin**Résumé*

1. Dans le premier paragraphe de la IIème partie de ce traité la structure modale de l'aspect juridique de l'expérience est soumise à une analyse épistémologique. Non seulement les normes du droit mais aussi les faits juridiques ont leur structure modale qui détermine leur caractère juridique général. Une analyse de la structure modale du mode d'expérience juridique qui concerne aussi bien son côté normatif que son côté factuel qui y est relié, est tout à fait nécessaire pour atteindre à un juste concept du juridique dans un sens transcendantal. Ce concept n'a pas de signification constitutive pour notre mode d'expérience juridique puisqu'il présuppose ce dernier. Mais pour la jurisprudence théorique il est d'une importance fondamentale dans la mesure où il doit servir de base et de guide à une méthodologie générale.

L'essai toujours courant de définir le concept du droit per genus proximum et differentias specificas doit forcément échouer puisque cette méthode de formation conceptuelle est tout à fait impropre à une analyse de la structure modale d'un mode d'expérience transcendantal.

Pendant on a besoin, pour une différenciation conceptuelle entre le mode d'expérience juridique et les autres modes d'expérience, d'un dénominateur commun, auquel ils peuvent tous être réduits pour que nous connaissions ce qui leur est commun dans leurs structures modales. Ce caractère commun ne peut pas être d'essence générique puisque les aspects transcendants n'ont pas de modes d'expérience encore plus généraux qui leur soient supérieurs. Puisque la structure modale d'un aspect est insérée dans le contexte structurale indivisible de tous les autres, le dénominateur recherché doit avoir un caractère intégral comprenant tous les aspects sans distinction, et en même temps garantir leur irréductibilité mutuelle et leur cohérence intermodale. A ces exigences suffit, dans la philosophie de l'idée de loi, seulement l'ordre temporel transcendantal des aspects, qui s'exprime de la même façon à l'intérieur de la structure modale de chaque aspect.

Le choix de cet ordre temporel transcendantal intermodal comme dénominateur de comparaison des aspects modaux implique, comme cela se conçoit aisément, une méthode entièrement nouvelle pour la formation du concept du droit. Ce dernier doit être un concept de structure transcendantale du mode d'expérience juridique.

La structure modale d'un aspect ne peut être saisie conceptuellement au moyen d'une sélection arbitraire de quelques-uns de ses moments analogiques qui, détachés du noyau irréductible de leur sens, peuvent tous être interprétés différemment. C'est un ensemble de significations indissoluble dynamique et ouvert, dans lequel tous les moments analogiques sont classés d'après l'ordre temporel transcendantal des aspects qu'ils indiquent, et qui, dans leur cohérence indissoluble intramodale, sont déterminés et qualifiés par le noyau du sens de l'aspect en question.

La différenciation entre les moments rétrocipants et anticipants à l'intérieur de la structure modale rend possible la détermination de la place de l'aspect juridique à l'intérieur de l'ordre total des aspects modaux.

En conséquence l'idée philosophique d'une encyclopédie de la jurisprudence dans le cadre d'une théorie universelle de science («*Wissenschaftslehre*»), qui dans l'idéalisme allemand avait abouti à des voies spéculatives, a reçu une signification et un fondement nouveau.

Puisque les moments anticipants de la structure modale ne font qu'éclaircir et approfondir le sens modal de l'aspect juridique, ils n'ont pas de fonction constitutive mais une fonction régulatrice à l'intérieur de cette structure. En eux se découvre la cohérence significative intermodale entre le mode d'expérience juridique et les modes d'expérience profondément moraux et pistiques, qui montre au-delà de lui-même l'unité religieuse fondamentale des sphères significatives modales. Dans les limites du juridique ils expriment les principes dynamiques de la justice.

L'analyse de la structure modale conduit à la découverte des concepts fondamentaux élémentaires analogiques de la jurisprudence, aussi bien dans leur contexte juridique interne que dans leur cohérence significative intermodale et dans leur différence significative des concepts fondamentaux semblables de toutes les autres sciences.

Ces concepts fondamentaux élémentaires sont à distinguer dans la philosophie de l'idée de loi des concepts fondamentaux catégoriels qui ne concernent pas des moments structurels déterminés du mode d'expérience juridique mais qui sont basés sur les relations catégorielles

générales de l'ordre temporel d'expérience et qui, dans l'aspect juridique, adoptent le sens modal de ce dernier.

Ces relations catégorielles se réduisent à une triade, à savoir:

1. la corrélation du côté des lois et du côté des faits de notre expérience temporelle;
2. les relations sujet-objet;
3. la corrélation de la genèse et de la disparition qui détermine la durée temporelle de tout transitoire.

Les concepts catégoriels juridiques de cette sorte sont les concepts de la norme juridique et du fait juridique, des rapports juridiques et de la validité juridique, du sujet et de l'objet juridiques, du droit subjectif et du devoir juridique, de la genèse et de l'annulation juridiques etc. Même ces concepts catégoriels montrent une cohérence indissoluble. Leur signification modale juridique ne peut s'analyser qu'à l'aide des concepts fondamentaux élémentaires.

La méthode développée ici pour la détermination transcendentale du concept du mode d'expérience juridique ne peut conduire — bien entendu — à l'obtention d'un concept de droit qui se résumerait en une simple définition. Mais cela ne signifie aucune perte puisque les définitions « simples » courantes ne prennent pas en considération la structure modale du juridique et qui, par conséquent, s'empêchent ou bien dans l'ambivalence des éléments conceptuels analogiques non-qualifiés, ou bien adoptent des éléments typiquement étatiques dans la définition du juridique, ce qui signifie une confusion évidente de la structure modale du dernier et d'une structure sociale déterminée d'individualité.

2. Par la théorie des structures d'individualité et de ses entrelacements (« Verflechtungen ») encaptiques la philosophie de l'idée de loi a fourni à la philosophie du droit et à la philosophie sociale une nouvelle méthode pour arriver à une typologie des différentes sphères communautaires de la vie humaine et de leurs internes ordres juridiques particuliers ainsi que de leurs entrelacements.

Comme les structures modales les structures d'individualité ont également le caractère d'un ensemble de sens dynamique ouvert. Mais celui-ci montre une gradation selon des types structurels supérieurs et inférieurs, par laquelle elles seront de plus en plus individualisées.

Le plus universel de ces types, le soi-disant type radical, est celui qui détermine l'aspect modal, dans lequel l'ensemble individuel, d'après sa

loi structurelle interne, a sa fonction interne directrice, qui indique la direction typique de l'épanouissement du sens («*Sinnentfaltung*») de toutes les autres fonctions modales et qui pour cette raison devra être considérée comme la fonction centrale ou qualifiante de la structure d'individualité. Dans la philosophie de l'idée de loi cette fonction qualifiante est appelée la «*fonction interne déterminante*» de l'ensemble individuel. Cette fonction se distingue nettement des buts «*objectifs*» ou «*subjectifs*» auxquels pourra subordonné l'ensemble individuel. Ce qu'on appelle le règne de la nature anorganique, le règne animal et végétal, sont des types radicaux. Mais il n'existe aucun type radical de l'homme, puisque l'existence humaine n'est pas qualifiée par des fonctions modales temporelles mais transcende, dans son centre religieux, la variété modale du monde temporel. Justement pour cette raison les rapports sociaux de l'homme, contrairement à ceux de l'animal, de même que les actions et les actes de conscience de l'homme, peuvent adopter des structures d'individualité les plus différentes.

Les types radicaux des rapports sociaux temporels entre les hommes ont tous un caractère normatif, et par conséquent les structures d'individualité impliquées par eux sont dans la mesure où elles sont fondées en l'essence interne de ces rapports du point de vue de la loi, des principes structurels normatifs qui exigent une formation humaine positive sur le fondement du niveau culturel-historique d'une société donnée. De cette formation résultent les «*formes sociales*», sans lesquelles ne peuvent pas se réaliser les principes structurels des différents types de la vie sociale humaine. Ces formes sociales sont des formes génétiques ou des formes existentielles.

Elles montrent un caractère variable, ce qui n'exclut pas une stabilité relative; en outre elles font le point de jonction pour de nombreuses entrelacements des rapports sociaux d'une nature et structure intérieure différentes. Dans la théorie des structures d'individualité ces entrelacements dans lesquels les rapports sociaux se présentent comme des types variables, sont appelés «*encaptiques*». Ce terme a été emprunté au biologiste Suisse HEIDENHAIN, mais a reçu, dans la philosophie de l'idée de loi, une signification différente, puisque la relation de l'«*encapsis*» est opposée, à l'inverse de la conception de HEIDENHAIN, à la relation entre un tout et ses parties.

Si un ensemble de rapports sociaux d'une structure d'individualité déterminée (p. e. l'union conjugal, l'église) est mis en rapport encaptique avec un autre ensemble social (p. e. l'Etat), il obtient, à l'intérieur

de ce dernier, une fonction encaptique qui n'appartient plus à sa propre sphère intérieure. Néanmoins il possède, à l'intérieur de sa sphère interne qui est déterminée et limitée par son propre principe structural, une « souveraineté dans sa propre sphère », ce qui veut dire qu'il n'y doit suivre que sa propre loi structurelle. Pour cette raison il peut prétendre, dans la mesure où il possède une sphère juridique interne typique gouvernée par cette loi structurelle, à une compétence juridique originelle à l'intérieur de cette sphère, qui par conséquent n'est pas dérivée d'un autre ordre juridique.

En principe les types variables qu'adoptent ces ensembles de rapports sociaux par leurs fonctions encaptiques (p. e. l'Eglise d'Etat, l'Etat clérical, le mariage civil) ne déterminent pas leur nature intrinsèque. Ils présupposent les soi-disant types primitifs ou génotypes qui sont déterminés par les principes structurels internes de ces ensembles de rapports sociaux.

La philosophie de l'idée de loi met à la base de l'analyse, de ces génotypes quelques distinctions primaires entre les rapports sociaux, qui rendent possibles le classement de ces derniers selon catégories fondamentales. Ces « catégories sociales » ne peuvent pas être considérées comme des genres supérieures de ces rapports, qui seraient utilisées pour la définition de leur essence interne typique en y ajoutant des éléments spécifiques. Elles présentent plutôt la base du classement horizontal-systématique de ces rapports qui traversent le classement vertical structurel typologique et ne reçoivent une précision structurelle typologique qu'à l'intérieur de ce dernier.

La plus fondamentale de ces catégories sociales est la corrélation des rapports communautaires et des rapports inter-individuels et inter-communautaires; les rapports communautaires comprennent toutes les relations sociales dans lesquelles les hommes vivent comme membres d'un tout social de plus ou moins durable, tandis que les rapports communautaires comprennent toutes celles où les individus ou leurs communautés pratiquent une fonction de coordination sans être liés à un tout social.

Premièrement les rapports communautaires sont classés catégoriellement en rapports « naturels » qui n'ont pas besoin d'une organisation particulière puisqu'ils sont fondés sur des rapports vitaux organiques, et rapports « culturels » qui sont fondés, d'une manière culturelle historique typique, sur une organisation autoritaire. Ces derniers sont appelés, par la terminologie allemande courante, « soziale Verbände » (organi-

sations sociales). Deuxièmement les rapports communautaires sont classés en « rapports institutionnels » et « non-institutionnels ». Les premiers sont ceux dans lesquels vivent les membres ou pendant toute leur vie ou pendant une partie de celle-ci, indépendamment de leur libre choix ou volonté. Pour les formes génétiques de ces rapports les buts subjectifs ne jouent aucun rôle nécessaire ou constitutif. Au contraire les rapports non-institutionnels reposent sur le principe de la libre accession et du libre retrait de leurs membres. Les buts subjectifs font partie constitutive de leur formes génétiques.

Selon leur niveau culturel-historique de développement les rapports communautaires et les rapports inter-individuels et inter-communautaires se classent catégoriellement en rapports différentiels et non-différentiels. En partant de ces catégories sociales la philosophie de l'idée de loi rattache l'analyse structurelle typologique subséquente des rapports sociaux différentiels à l'examen des types d'individualité, adopté graduellement par la « fonction déterminante » interne de leur structure d'individualité.

Le type d'individualité primaire de cette fonction est déterminé par le principe structurel interne des différentes sphères de rapports sociaux (« cercles sociaux »), par lequel s'exprime l'essence interne de ces derniers. Dans une analyse précise, ce type d'individualité se montre, d'une manière typique, fondé sur un type d'individualité originaire par lequel le « cercle social » en question exerce ses fonctions à l'intérieur d'un autre aspect modal. Pour cette raison la dernière fonction s'appelle la « fonction de fondement » typique de son principe structurel interne. Cette fonction de fondement (« Fundierungsfunktion ») est, conformément à la catégorie sociale en question, ou bien d'une modalité biotique ou bien d'une modalité culturelle-historique. La fonction déterminante interne et la fonction de fondement interne se trouvent ainsi, grâce au principe structurel en question, unis en une liaison structurelle indissoluble, et c'est par cette liaison qu'elles déterminent la nature interne des « cercles sociaux », qui s'exprime en chacune de leurs fonctions modales.

La philosophie de l'idée de loi a développé une typologie des sphères juridiques internes sur la base de cette typologie des « cercles sociaux » différentiels, selon leurs principes structurels internes et en respectant leur diversité catégorielle fondamentale. Les formes génétiques juridiques des normes du droit n'offrent aucun critère de délimitation des différentes sphères juridiques puisqu'elles sont

justement les points de jonction de leurs entrelacements encaptiques. Dans le deuxième paragraphe de ce traité sont soumises à un examen particulier la sphère interne du droit civil privé et les fonctions encaptiques des différentes sphères du droit privé non-civil à l'intérieur du droit civil.

3. Enfin, dans le troisième paragraphe, sera examiné le rapport entre le droit civil privé et le droit public interne étatique eu égard aux structures typologiques respectives. Le fondement typique du premier sur le dernier se montre déjà par les formes génétiques juridiques du droit civil (la loi et la juridiction), qui présupposent une organisation de droit public du pouvoir législatif et de la magistrature judiciaire. Cependant il n'appartient pas, selon sa nature interne, à la sphère interne du droit public de l'organisation étatique, bien qu'il soit lié encaptiquement à ce dernier de diverses manières. Bien plus, il montre, en ce qui concerne les rapports inter-individuels et inter-communautaires privés entre les sujets juridiques, la structure typique d'un droit intégrant étatique qui, contrairement aux autres sphères du droit privé, n'est pas qualifié par une fonction déterminante spécifique de nature méta-juridique.

Pour cette raison il est, selon sa nature interne, un *ius commune*, tandis que dans les autres sphères du droit privé on ne peut trouver qu'un *ius specificum*. Cependant la fonction intégrante du droit civil ne va pas au delà des limites de sa nature intrinsèque. Elle ne peut par exemple pas remplacer l'intégration du droit privé industriel ou commercial, effectuée au moyen de contrats, de stipulations usuelles etc. qui ne contiennent qu'un droit spécifique d'une qualification typiquement économique et n'ont qu'une fonction encaptique à l'intérieur du droit civil.

Le droit public interne d'un Etat est un droit communautaire typique. On ne comprend sa nature interne que par le principe structurel de cette communauté organisée (« Verband »), en respectant sa détermination catégorielle comme communauté différentielle et institutionnelle.

Dans la philosophie de l'idée de loi l'Etat est décrit, selon ce principe structurel, comme une communauté territoriale de droit public d'un pouvoir autoritaire coercitif (« Oubrigkeit ») et des sujets (« Untertanen ») sur la base d'une organisation monopoliste du pouvoir de glaive. La première partie de cette définition décrit la fonction juridique dirigeante et qualifiante, la seconde partie décrit la fonction typique culturelle-

historique du pouvoir comme fonction de fondement de cette collectivité.

A cause du lien structurel typique de ces deux fonctions il ne sert à rien de concevoir l'Etat ou bien comme une simple organisation de pouvoir ou bien comme un simple système de normes juridiques. Même l'opinion de Gierke que l'Etat et le droit soient deux « côtés » ou « provinces » autonomes quoiqu'intimement liés de la vie communautaire, montre un manque d'intelligence structurelle typologique lien entre l'aspect qualifiant juridique et l'aspect *fondateur* du pouvoir de l'Etat.

En vertu de la qualification typique juridique de son principe structurel interne l'Etat doit être un Etat de droit. Cela veut dire que le principe du salut public (*salus publica*) comme suprême norme de la politique gouvernementale nécessite aussi une délimitation interne et direction par des principes du droit public, s'il ne doit pas dégénérer en une maxime politique d'un absolutisme étatique effréné. Le droit administratif interne de l'Etat de droit est aussi fondé sur des principes matériels du droit public.

Ces principes montrent un perfectionnement croissant dans la *jurisdiction* administrative moderne.

Aus dem Deutschen von Wolf Paul, Saarbrücken